

**UNIVERSIDADE DO VALE DO RIO DOS SINOS - UNISINOS
UNIDADE ACADÊMICA DE PESQUISA E PÓS-GRADUAÇÃO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO
NÍVEL DOUTORADO**

LUIZ BRUNO LISBÔA DE BRAGANÇA FERRO

**DIREITO COSMOPOLÍTICO E DIREITO À IMIGRAÇÃO: VIRTUDES E DEFEITOS
DA MARGEM NACIONAL DE APRECIÇÃO**

SÃO LEOPOLDO

2023

LUIZ BRUNO LISBÔA DE BRAGANÇA FERRO

**DIREITO COSMOPOLÍTICO E DIREITO À IMIGRAÇÃO: VIRTUDES E DEFEITOS
DA MARGEM NACIONAL DE APRECIÇÃO**

Tese apresentada como requisito parcial
para obtenção do título de Doutor em
Direito, pelo Programa de Pós-Graduação
em Direito da Universidade do Vale do
Rio dos Sinos – UNISINOS

Orientadora: Profa. Dra. Jânia Maria Lopes Saldanha

São Leopoldo

2023

UNIVERSIDADE DO VALE DO RIO DOS SINOS - UNISINOS
UNIDADE ACADÊMICA DE PESQUISA E PÓS-GRADUAÇÃO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO
NÍVEL DOUTORADO

A tese intitulada: “**DIREITO COSMOPOLÍTICO E DIREITO À IMIGRAÇÃO: VIRTUDES E DEFEITOS DA MARGEM NACIONAL DE APRECIÇÃO**” elaborada pelo doutorando **Luiz Bruno Lisbôa de Bragança Ferro**, foi julgada adequada e aprovada por todos os membros da Banca Examinadora para a obtenção do título de DOUTOR EM DIREITO.

São Leopoldo, 28 de abril de 2023.



Prof. Dr. **Anderson Vichinkeski Teixeira**,
Coordenador do Programa de Pós-Graduação em Direito.

Apresentada à Banca integrada pelos seguintes professores:

Presidente: Dra. Jania Maria Lopes Saldanha _____ *Participação por Webconferência*

Membro Externo: Dr. Sidney César Silva Guerra _____ *Participação por Webconferência*

Membro Externo: Dr. Gustavo da Frota Simões _____ *Participação por Webconferência*

Membro Externo: Dra. Tatiana de Almeida Freitas Rodrigues Cardoso Squeff
Participação por Webconferência

_____ *Participação por Webconferência*
Membro: Dra. Luciane Klein Vieira _____

À minha esposa, Sandra Regina e aos meus filhos, Luiz Guilherme e Victória Regina, pela energia e força, com muito carinho e renúncia de minha presença na busca do objetivo conquistado.

Aos meus pais, Fernando, exemplo de retidão e dedicação ao ensino superior junto à Universidade Federal de Sergipe, por mais de 40 anos, e Fátima, pelo exemplo de amor e alegria nas diversidades e luta pela vida.

AGRADECIMENTOS

A Deus, Força Suprema que está presente em todos os instantes da minha vida.

Aos meus irmãos, Isabel Fernanda e Humberto Diogo, que sempre incentivaram esta conquista.

Aos meus avós paternos, Luiz de Souza Ferro e Maria Isabel de Bragança Ferro, que estão em outro plano espiritual, mas sempre zelando por mim.

Aos meus avós maternos, Agenor Alves Lisbôa e Eudália Rodrigues Lisbôa, que, com sua simplicidade e conselhos, sempre guiaram minha vida, saudades eternas.

A minha Orientadora, Professora Dra. Jânia Maria Lopes Saldanha, por sua paciência, atenção, incentivo, dedicação, e especialmente seu imenso conhecimento jurídico, especialmente com sua visão crítica sobre o Direito Cosmopolítico e a margem nacional, não seria possível a feitura deste trabalho científico.

Ao Professor Doutor Lênio Luiz Streck, que me apresentou outra visão sobre o positivismo jurídico, e as soluções para desacordos jurídicos não contemplados pela letra fria da lei.

Ao Professor Doutor Leonel Severo da Rocha, que me apresentou a uma visão sistêmica mais apurada do Direito, como forma de apurar os canteiros jurídicos basilares desta tese.

Ao Professor Doutor Vicente de Paulo Barreto, ao demonstrar como os direitos humanos e a dignidade humana são necessários para o entendimento e a aceitação do outro.

Aos Professores Doutores Sidney Guerra e Gerson Neves Pinto, que, com a grande ajuda na nossa qualificação, guiaram-me por caminhos corretos na busca da construção desta tese jurídica de doutoramento.

Por fim, aos queridos e prestativos funcionários administrativos do PPG/DIREITO/UNISINOS, especialmente ao Ronaldo, a Vera e a Paloma, sempre atenciosos às nossas dúvidas no decorrer do doutoramento, muito obrigado.

“Age sempre de tal modo que o teu comportamento possa vir a ser princípio de uma lei universal”

[...]

“No reino dos fins, tudo tem ou um preço ou uma dignidade. Quando uma coisa tem preço, pode ser substituída por algo equivalente; por outro lado, a coisa que se acha acima de todo preço, e por isso não admite qualquer equivalência, compreende uma dignidade.”

[...]

“Ages de tal maneira que uses a humanidade, tanto na tua pessoa como na pessoa de qualquer outro, sempre e simultaneamente como fim e nunca simplesmente como meio”.

(Immanuel Kant¹)

¹ KANT, Immanuel. **Fundamentação da metafísica dos costumes e outros escritos**. São Paulo: Martin Claret, 2008.

RESUMO

O estudo versa sobre a migração, como evento de grande importância jurídica e social no contexto mundial, resultado de diversos fatores, dentre eles a globalização, que retiram ou mitigam os direitos migratórios das pessoas em sua condição humana; portanto, como concretizar o direito de migrar pelo mundo, aplicando as bases teóricas e jurídicas do direito cosmopolítico como alicerce para as políticas nacionais nos textos internacionais protetivos de direitos humanos e, assim, reduzir a amplitude da utilização do instrumento da margem nacional de apreciação pelos Estados para evitar retrocessos em direitos já consolidados nas Cortes Internacionais de Direitos Humanos? Sendo assim, se não há uma plena proteção desse direito, através da aplicação dos Tratados Internacionais de Direitos Humanos e a lei interna de cada nação, então, com o uso das bases teóricas e práticas do direito cosmopolítico pautadas no universalismo de princípios e na ética dos contextos, torna-se possível à efetivação dos direitos dos migrantes pelo mundo através de políticas nacionais fundadas no uso restrito do instrumento da margem nacional, embasado na jurisprudência das Cortes Regionais de Direitos Humanos. Nesse sentido, a pesquisa tem por objetivo, através da margem nacional de apreciação - com a base inicial no direito cosmopolita -, realizar uma releitura bibliográfica através da doutrina, leis, fontes secundárias e jurisprudências, aliada ao uso dos métodos monográficos e comparativos, para demonstrar que é possível o direito de migrar de forma efetiva. Foi necessário, para tanto, uma investigação legislativa e doutrinária para robustecer a igualdade social e legal entre o migrante e o nacional, procurando apresentar desde a motivação migratória, sob o viés sociológico, econômico e legal, até a dignidade humana como preceito fundamental, além das bases sociais de justiça nacional e global, sem esquecer a necessidade de ressignificar a soberania estatal e sua evolução conceitual. De igual maneira, conceder a todos a elevação do ser humano como sujeito de direitos perante as nações. Pela internacionalização dos direitos fundamentais, depois da Segunda Guerra Mundial, e a criação do sistema de proteção da Organização das Nações Unidas e sua regionalização na Europa, nas Américas e na África, especialmente o direito migratório do asilo, apatridia e refúgio, foi possível visualizar a normatização desses direitos e sua aplicação nas cortes internacionais de direitos humanos, através de suas decisões, as quais têm como fim tentar equilibrar a norma nacional

em relação aos tratados regionais. A margem nacional de apreciação, apesar de suas virtudes e defeitos, e de sua aplicação de maneira ampla ou restrita, demonstrou ser um instrumento jurídico adequado para harmonizar os direitos dos deslocados, no entanto, está sendo utilizado de forma indireta e transversal na pesquisa jurisprudencial levantada nas cortes dos três continentes apontados. Por fim, o manejo desse instrumento jurídico, baseado inicialmente em uma hermenêutica jurídica capaz de aglutinar os valores do *jus cosmopolitismo*, da igualdade entre todos em uma soberania mitigada e solidária, tanto no seio interno e externo das nações, torna possível a efetivação do direito de migrar dos asilados, apátridas e refugiados.

Palavras chaves: migração; margem nacional de apreciação; cosmopolitismo; igualdade; direito de migrar.

ABSTRACT

The study deals with migration, as an event of great legal and social importance in the world context, the result of several factors, including globalization, which remove or mitigate the migratory rights of people in their human condition; therefore, how to implement the legal right to migrate around the world, applying the theoretical and legal bases of cosmopolitical law as a foundation for national policies in international texts protecting human rights and thus reducing the extent of the use of the instrument of the national margin of appreciation by countries to avoid setbacks in legal rights already consolidated in the International Courts of Human Rights? Therefore, if there is no full protection of this right through the application of International Human Rights Treaties and the internal law of each nation, then with the use of the theoretical and practical bases of cosmopolitical law guided by the universalism of principles and the ethics of contexts, it becomes possible to enforce the legal rights of migrants around the world through national policies based on the restricted use of the instrument of the national margin, based on the jurisprudence of the Regional Courts of Human Rights. In this sense, the research aims, through the national margin of appreciation - with the initial base in cosmopolitan law -, to carry out a bibliographical re-reading through doctrine, laws, secondary sources and jurisprudence, combined with the use of monographic and comparative methods, to demonstrate that the right to migrate effectively is possible. Therefore, a legislative and doctrinal investigation was necessary to strengthen the social and legal equality between the migrant and the national, seeking to present from the migratory motivation, under the sociological, economic and legal bias, to human dignity as a fundamental precept, in addition to of the social foundations of national and global justice, without forgetting the need to reframe state sovereignty and its conceptual evolution. In the same way, grant everyone the elevation of the human being as a subject of rights before nations. Due to the internationalization of fundamental rights, after the Second World War, and the creation of the United Nations protection system and its regionalization in Europe, the Americas and Africa, especially the migratory right of asylum, statelessness and refuge, it was possible to visualize the normalization of these rights and their application in international human rights courts, through their decisions, which aim to try to balance the national norm in relation to regional treaties. The national margin of appreciation, despite its virtues

and defects, and its wide or narrow application, has proven to be an adequate legal instrument to harmonize the rights of displaced people, however, it is being used indirectly and transversally in jurisprudential research raised in the courts of the three continents mentioned. Finally, the management of this legal instrument, initially based on a legal hermeneutics capable of uniting the values of jus cosmopolitanism, of equality among all in a mitigated and solidary sovereignty, both in the internal and external bosom of nations, makes it possible to implement the right to migrate from asylum seekers, stateless persons and refugees.

Keywords: migration; national margin of appreciation; cosmopolitanism; equality; legal right to migrate.

LISTA DE SIGLAS E ABREVIATURAS

ACNUR	Alto Comissariado das Nações Unidas para Refugiados
CADHP	Carta Africana de Direitos Humanos e dos Povos
CEDEAO	Comunidade Económica dos Estados da África Ocidental
CEDH	Convenção Europeia de Direitos Humanos
COAMDH	Convenção Americana de Direitos Humanos
COADHP	Corte Africana de Direitos Humanos dos Povos
CIDH	Comissão Interamericana de Direitos Humanos
CIPMME	Comitê Intergovernamental Provisório para o Movimento de Migrantes da Europa
COEDH	Corte Europeia de Direitos Humanos
COINDH	Comissão Interamericana de Direitos Humanos
COMEDH	Comissão Europeia de Direitos Humanos
COADHP	Comissão Africana de Direitos Humanos e dos Povos
Corte IDH	Corte Interamericana de Direitos Humanos
DELEMIG	Delegacia de Imigração
DESC	Direitos Económicos, Sociais e Culturais
DREX/SR/PF/RR	Diretoria Regional Executiva da Superintendência Regional de Polícia Federal em Roraima
IRA	Exército Republicano Irlandês
MNA	Margem Nacional de Apreciação
OEA	Organização dos Estados Americanos
OIM	Organização Internacional para Migrações
OIT	Organização Internacional do Trabalho
OMC	Organização Mundial do Comércio
ONU	Organização das Nações Unidas
OUA	Organização da Unidade Africana
SAPDH	Sistema Africano de Proteção de Direitos Humanos
SEPDH	Sistema Europeu de Proteção de Direitos Humanos
SIPDH	Sistema Interamericano de Proteção de Direitos Humanos
TADHP	Tribunal Africano dos Direitos do Homem e dos Povos
TJUE	Tribunal de Justiça da União Europeia

UA União Africana
URSS União das Repúblicas Socialistas Soviéticas

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	15
2 A MATRIZ COSMOPOLITANA KANTIANA E O DIREITO DE MIGRAR	24
2.1 A DOCTRINA KANTIANA DO DIREITO COSMOPOLITA.....	24
2.1.1 As Relações entre os Estados para além da Federação de Kant	32
2.1.1.1 Da Evolução do Conceito de Soberania e Suas Reflexões	32
2.1.1.1.1 <i>Do direito canônico a Jean Bodin: o aparecimento do único soberano</i>	35
2.1.1.1.2 <i>De Hugo Grotius; Thomas Hobbes até Jean Jacques Rousseau: o mundo para além-mar até a soberania popular</i>	45
2.1.2 A Quebra Inicial do Paradigma Vestfaliano pela Federação Kantiana de Nações: Uma Ressignificação Necessária da Visão Soberana dos Estados	64
2.1.3 Do Processo de Integração Europeu ao Direito Comunitário: uma União para Fortalecimento da Solidariedade	75
2.2. DA BUSCA DO EFETIVO E REAL DIREITO DE MIGRAR PELO MUNDO.....	95
2.2.1 Dos Deslocamentos Humanos Globais: Teorias, Definições e Contextualização	95
2.2.1.1 A Escola de Chicago e sua Importância no Estudo das Migrações: uma Análise sob a Ótica Sociológica.....	98
2.2.1.2 As Teorias Econômicas como Forma de Explicação dos Movimentos Migratórios no Mundo.....	108
2.2.1.3 Das Teorias da Justiça Social para uma Justiça Global: Uma Real Igualdade e Dignidade Humana para os Migrantes	117
2.2.2 Do Direito de Visita, Hospitalidade e a Cidadania Universal: uma Confirmação do Direito de Migrar	146
3 A MARGEM NACIONAL DE APRECIÇÃO COMO INSTRUMENTO PARA O DIREITO DE MIGRAR	168
3.1 O DIREITO DE MIGRAR DOS APÁTRIDAS NOS SISTEMAS PROTETIVOS DE DIREITOS HUMANOS NO ÂMBITO INTERNACIONAL, EUROPEU, AMERICANO E AFRICANO E DOS POVOS.....	170

3.1.1 O Direito de Migrar dos Apátridas no Sistema Protetivo de Direitos Humanos Europeu	181
3.1.2 O Direito de Migrar dos Apátridas no Sistema Protetivo de Direitos Humanos Americano	184
3.1.3 O Direito de Migrar dos Apátridas no Sistema Protetivo de Direitos Humanos Africano e dos Povos	191
3.2 O DIREITO DE MIGRAR DOS REFUGIADOS E ASILADOS NOS SISTEMAS PROTETIVOS DE DIREITOS HUMANOS NO ÂMBITO INTERNACIONAL, EUROPEU, AMERICANO E AFRICANO E DOS POVOS	196
3.2.1 O Direito de Migrar dos Refugiados e Asilados no Sistema Protetivo de Direitos Humanos Europeu	218
3.2.2 O Direito de Migrar dos Refugiados e Asilados no Sistema Protetivo de Direitos Humanos Americano	220
3.2.3 O Direito de Migrar dos Refugiados e Asilados no Sistema Protetivo de Direitos Humanos Africano e dos Povos	225
3.3 A APLICAÇÃO DA MARGEM NACIONAL DE APRECIAÇÃO COMO INSTRUMENTO DE EFETIVAÇÃO DO DIREITO DE MIGRAR DOS APÁTRIDAS, REFUGIADOS E ASILADOS: ANÁLISE DE SUAS VIRTUDES E DEFEITOS E DE SEU USO RESTRITO OU AMPLIADO PELOS ESTADOS NACIONAIS	227
3.3.1 A Origem do Instituto Jurídico da Margem Nacional de Avaliação: Seus Conceitos e Princípios	230
3.3.1.1 A Análise do Uso da Margem Nacional de Avaliação para o Direito de Migrar dos Refugiados, Apátridas e Asilados no Sistema Europeu de Direitos Humanos.....	241
3.3.1.2 A Análise do uso da margem nacional de avaliação para o direito de migrar dos refugiados, apátridas e asilados no Sistema Interamericano de Direitos Humanos.....	257
3.3.1.3 A Análise do Uso da Margem Nacional de Avaliação para o Direito de Migrar dos Refugiados, Apátridas e Asilados no Sistema Africano de Direitos Humanos e dos Povos.....	272
4 CONCLUSÃO	279

REFERÊNCIAS304

APÊNDICE A.....334

1 INTRODUÇÃO

O mundo vive atualmente uma onda de migração como nunca. A globalização econômica em sua forma negativa pautada na figura do capital e não do ser humano, sistemas políticos autoritários, a ausência de democracias efetivas, as mudanças climáticas e, recentemente, mais um conflito bélico na Europa, entre Rússia e Ucrânia, acabam forçando mais e mais pessoas a se deslocarem pelo mundo a cada dia, no anseio de conquistar melhores condições de sobrevivência.

Países fecham fronteiras, reduzindo os migrantes a seres humanos de segunda categoria, sem a proteção mínima de direitos fundamentais, quiçá à igual dignidade, pois suas legislações não recepcionam o não nacional. Destarte, as Cortes de Direitos Humanos não conseguem impor suas decisões e seus ordenamentos aos Estados nacionais descumpridores dos preceitos da Declaração Universal dos Direitos Humanos².

Ora, se há grandes fluxos migratórios e países fecham suas fronteiras aos migrantes, as cortes internacionais passam a autorizar os Estados a utilizarem a Margem Nacional de Apreciação (MNA) como instrumento de solução da problemática entre os conflitos das legislações nacionais e as convenções protetivas de direitos fundamentais dos migrantes pelo mundo, já que o Direito Internacional tradicional não consegue equacionar esta situação³.

Pensando no assunto, surgiu a motivação para elaborar uma tese sobre movimentos migratórios haja vista a experiência como Professor do Curso de Direito na Universidade Federal de Roraima, em Boa Vista, há cinco anos, e mais de dez anos no magistério superior, ao presenciar os deslocamentos constantes dos migrantes venezuelanos que deixavam seu país buscando sua dignidade e esperando encontrá-la no Brasil. Apesar dos esforços do estado brasileiro, com a Operação Acolhida, e a ajuda de organismos internacionais como o Alto Comissariado das Nações Unidas para Refugiados (ACNUR), ainda existem nas ruas pessoas habitando em poucas barracas de plástico improvisadas por

² FERRO, Luiz Bruno Lisbôa de Bragança. **Direito cosmopolítico e direito à imigração**: virtudes e defeitos da margem nacional de apreciação. Projeto de qualificação para obtenção do título de Doutor em Direito, pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade do Vale do Rio dos Sinos – UNISINOS. São Leopoldo, RS, 2020, p. 7.

³ Ibid.

organizações de caridade locais, principalmente as ligadas a igrejas dos mais variados matizes de crenças.

Por isso centro meu foco de estudo no fenômeno sócio jurídico relativo à chegada de milhares de migrantes do país vizinho, que adentram ao território nacional brasileiro e não são recebidos dignamente como detentores de direitos, oriundos de Tratados Internacionais ou da Lei de Migração nº 13.445/2017⁴, apesar dos atos praticados pelo Governo Federal, como a utilização das Forças Armadas para concretizar junto com o Alto Comissariado das Nações Unidas para Refugiados (ACNUR) a Operação Acolhida⁵.

O grande fluxo migratório dos venezuelanos trouxe, segundo autoridades estaduais, federais e organizações humanitárias internacionais, a preocupação com doenças já erradicadas do país. Segundo o governo de Roraima, os venezuelanos trouxeram o sarampo, já erradicado do país desde 2015⁶; a preocupação do Ministério da Saúde é um surto de difteria, doença sob controle através de vacinação no Brasil⁷. Organizações de proteção aos indígenas, como a Hutukara Associação Yanomami (HAY), preocupam-se com a possibilidade de transmissão de diversos tipos de doenças para os índios que não convivem com pessoas da cidade e define como alarmante a fragilidade das populações Yanomamis frente a patógenos com os quais nunca conviveram⁸.

Diante do quadro que via diariamente nas ruas de Boa Vista, resolvi estudar a fundo quais os direitos que têm os migrantes, e os deveres dos países que eles procuram. Existe um grande número de leis locais, tratados internacionais, tratados regionais para todos os tipos de migrantes, alguns com abrangência total, outros com abrangência limitada a um determinado tipo de migrante. Foi considerada ainda

⁴ BRASIL. Lei nº 13.445, de 24 de maio de 2017. Lei da Migração. Institui a Lei de Migração. **Diário Oficial da União** - Seção 1 - 25/5/2017, p. 1. Brasília, DF, 2017.

⁵ BRASIL, Casa Civil. **Operação Acolhida**. 2018. Disponível em: <https://www.gov.br/acolhida/historico/>. Acesso em 09 nov. 2020.

⁶ SARAMPO volta ao Brasil, através de refugiados e imigrantes da Venezuela. (28/03/2018). In: **Observador**. Disponível em: <https://observador.pt/2018/03/28/sarampo-volta-ao-brasil-atraves-de-refugiados-e-imigrantes-da-venezuela/>. Acesso em 25 jan. 2023.

⁷ RIBEIRO, Víctor. Difteria entre venezuelanos preocupa Ministério da Saúde brasileiro. (18/01/2019). In: **Agência Brasil**. Disponível em: <https://agenciabrasil.ebc.com.br/saude/noticia/2019-01/difteria-entre-venezuelanos-preocupa-ministerio-da-saude-brasileiro>. Acesso em 25 jan. 2023.

⁸ IMIGRAÇÃO contribui para aumento de doenças infecciosas. (19/07/2018). In: **Folha&BV**. Disponível em: <https://folhabv.com.br/noticia/CIDADES/Capital/Imigracao-contribui-para-aumento-de-doencas-infecciosas/42091>. Acesso em 25 jan. 2023.

a questão da apatridia, do refugiado e do asilado, situações em que milhares de migrantes se encontram.

Não somente a visibilidade do problema, mas a curiosidade que leva um professor a buscar entender o mundo em que vive, que resolvi pesquisar o assunto e apresentá-lo como tema de tese para o doutorado em Direito Público na UNISINOS. O assunto é deveras importante, como se apresenta a seguir.

Para satisfazer parte do objeto da pesquisa foram requisitados dados de pedidos de refúgios de todos os países junto à Polícia Federal em Roraima na Delegacia de Imigração (DELEMIG)⁹. Os documentos evidenciam que, para a nacionalidade venezuelana houve um aumento de 400% entre os anos de 2014 e 2015, de 300% entre 2016 e 2017, e em apenas três meses de 2017 mais da metade de todos os pedidos do ano anterior, o que comprova o aumento crescente e vertiginoso da migração venezuelana.

Alerta-se, ainda, que tenho ciência de que os venezuelanos não são os únicos a migrarem para o Brasil, mas foi o estopim que detonou a curiosidade de fazer o estudo das migrações.

Segundo os dados colhidos na DELEMIG, em 2014 houve 268 pedidos de visto para migrantes no Brasil, o Haiti foi o país com o maior número de migrantes com 152 migrantes, seguiram-se Cuba com 46 migrantes, e Somália em terceiro lugar com 35 pedidos de visto. Em 2015, Cuba ficou em primeiro lugar com 378 migrantes, seguida do Haiti com 316 e Venezuela com 234. Em 2016, o quadro mudou, e a população da Venezuela foi a que mais migrou para o Brasil, com 2.230 migrantes, seguida de Cuba com 642, enquanto os migrantes do Haiti caíram para 153. Em 2017, até o mês de março, o número de venezuelanos subiu para 1.461, seguida por Cuba com 82 migrantes. Para não cansar o leitor com muitos números, foi anexada como Apêndice A, a Tabela 1 com todos os números fornecidos pela Polícia Federal de Roraima¹⁰.

⁹ FERRO, Luiz Bruno Lisbôa de Bragança. FERRO, Sandra Regina Oliveira Passos de Bragança. Análise da condição humana dos imigrantes venezuelanos na busca de trabalho no Estado de Roraima. In: GUERRA, Caio Grande; GUERRA, Sidney; VAL, Eduardo Manuel (org.). **Fluxos migratórios mistos para as Américas**: Uma abordagem jurídica. Curitiba, 2019. p. 171-188.

¹⁰ FERRO, Luiz Bruno Lisbôa de Bragança. Direito cosmopolítico e direito à imigração: virtudes e defeitos da margem nacional de apreciação. Projeto de qualificação para obtenção do título de Doutor em Direito, pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade do Vale do Rio dos Sinos – UNISINOS. São Leopoldo, RS, 2020, p. 13.

De acordo com a Organização Internacional para Migrações (OIM), instituição parceira da ONU, em 2019 existia nada mais do que 220.780.000 migrantes pelo mundo, com um aumento de 23% na comparação com o ano de 2010, representando, assim, 3,5% da população mundial¹¹.

De maneira mais surpreendente, algo em torno de 41.000.000 de pessoas se deslocam dentro de seus países de maneira forçada, e 23.000.000 são considerados refugiados, demonstrando que o fenômeno da migração deve ser estudado e compreendido, pois não são apenas números, mas seres humanos, com histórias de vida, sentimentos e direitos violados¹².

Países fecham fronteiras, reduzindo os migrantes a seres humanos de segunda categoria, sem a proteção de direitos mínimos, quiçá iguais à dignidade, pois suas legislações não recebem o não nacional de maneira correta.

Mesmo com todo aparato legal protetivo de direitos humanos nas esferas internacionais, regionais e nas legislações internas dos países, o migrante sofre com castração de direitos, violação de sua dignidade humana, e severas restrições a sua condição de vida, ou seja, não tem seu direito de migrar efetivamente concedido.

Nesse caminho, a presente tese mostra-se relevante, pois persegue a análise desse problema mundial através da adoção das bases teóricas e jurídicas do direito cosmopolítico, com a utilização da margem nacional de apreciação como instrumento possível ou não de efetivação do direito de migrar, através de sua influência em políticas públicas nacionais nos Estados.

Com isto à frente, como será possível a total concretude do direito de migrar pelo mundo, aplicando as bases teóricas e jurídicas do direito cosmopolítico como forma de alicerçar as políticas nacionais nos textos internacionais protetivos de direitos humanos e com a utilização do instrumento da MNA com suas virtudes e defeitos, pelos Estados, a fim de evitar retrocessos ou de promover evoluções em direitos já consolidados nas cortes internacionais de direitos humanos?

Desta forma, se não há uma plena proteção do direito à imigração, mediante a aplicação dos Tratados Internacionais de Direitos Humanos pelos Estados

¹¹ ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL PARA MIGRAÇÕES. **Relatório de migração mundial de 2020**. Genebra, 2020. Disponível em: https://publications.iom.int/system/files/pdf/wmr_2020.pdf. Acesso em 15 set. 2020.

¹² Idem.

nacionais e suas legislações internas, então, com a aplicação das bases teóricas e práticas do direito cosmopolítico pautadas no universalismo de princípios e na ética dos contextos, torna-se possível a efetivação dos direitos dos imigrantes pelo mundo, através de políticas nacionais fundadas no uso restrito do instrumento da margem nacional de apreciação, conforme é entendido na jurisprudência das Cortes Internacionais de Direitos Humanos.

Como objetivo geral tem-se a análise da possibilidade ou não da concretização do direito de migrar pelo mundo, com os fundamentos preliminares no direito cosmopolita, e suas influências nos regulamentos internacionais de proteção de direitos humanos, tudo para conseguir construir a comprovação do uso limitado da margem de apreciação nacional pelos Estados pelas decisões dos tribunais internacionais, e, assim, impulsionar a criação de políticas públicas internas capazes não somente de manter direitos migratórios já consagrados, mas de evoluir a uma plenitude de real igualdade entre o nacional e migrante.

Os objetivos específicos guiaram a pesquisar as definições de migrantes, migração, refugiados, asilados, apátridas e termos inerentes da visão migratória pelo mundo, bem assim como ocorreu a evolução do Direito de Migrar depois da Segunda Guerra Mundial, e suas consequências nas legislações internacionais pós-nazismo, sendo necessária a compreensão das bases teóricas e jurídicas do Direito Cosmopolítico desde a Antiguidade até a atualidade, para refazer uma leitura do conteúdo do Direito Cosmopolítico, levando em consideração a necessidade de empatia, solidariedade e humanidade para com o migrante, passando pelo direito à imigração junto às Convenções Europeia, Interamericana e Africana de defesa de Direitos Humanos, e se em seus conteúdos existem a promoção, a integração e a receptividade dos Direitos dos Imigrantes nos países signatários dos referidos tratados.

De igual monta objetivou-se a entender os eventos migratórios pelo mundo na atualidade, visualizando os motivos, as consequências e a relevância da proteção dos direitos humanos dos migrantes, aliado à procura do entendimento sobre a margem nacional de apreciação, com sua definição, origem, aplicação e base jurídica oriunda das decisões das Cortes Interamericana, Europeia e Africana, e, assim, chegar as suas virtudes e seus defeitos, aliados à identificação da existência ou não dentro das Convenções Regionais de Defesa de Direitos Humanos da

influência do Direito Cosmopolítico em seu conteúdo no que tange ao direito de migrar.

Neste caminho é fundamental aprofundar o entendimento sobre a racionalidade jurídica dos países, que restringem o direito de hospitalidade em seus territórios, mesmo havendo tratados internacionais protetivos aos direitos humanos dos migrantes, sob a alegação da manutenção de soberania.

Deve-se procurar e verificar se existem mecanismos, além da MNA, que se mostrem eficazes na proteção do direito de migrar nas Convenções Internacionais de Defesa de Direitos Humanos sob a luz do Direito Cosmopolítico e se os textos protetivos de Direitos Humanos impõem aos Estados, políticas nacionais para a efetivação e proteção do Direito a migração.

Neste contexto, é necessário o estudo científico jurídico capaz de mostrar a problemática na concretização eficaz do direito de migrar dos asilados, refugiados e apátridas usando o mecanismo da MNA junto aos sistemas de proteção de direitos humanos na Europa, nas Américas e na África mediante suas cortes judiciais e respectivas decisões.

De igual monta, não se encontrou, em diversos bancos de dados, dentre eles trabalhos científicos, monográficos e programas de pós-graduação no Brasil, o tema pesquisado, o que demonstra seu ineditismo e eleva seu grau de relevância na academia, bem como sua coerência com a linha de pesquisa da orientadora, que é vinculada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da UNISINOS, especialmente a linha sobre hermenêutica, constituição e concretização de direitos.

Como metodologia adotada, optou-se por desenvolver a pesquisa seguindo-se dois métodos: o monográfico e o comparativo. Assim, os métodos de procedimento “[...] seriam etapas mais concretas da investigação, com finalidade mais restrita em termos de explicações gerais dos fenômenos e menos abstratas”¹³.

O método monográfico destaca-se por sua capacidade de examinar o fenômeno escolhido em profundidade, observando todos os fatores que o influenciaram, analisando-os em todos os seus aspectos. Por meio desse método, portanto, está sendo possível executar um estudo aprofundado e exaustivo sobre o

¹³ LAKATOS, Eva M.; MARCONI, Marina. A. **Metodologia do trabalho científico**. São Paulo: Atlas, 2010. p. 88.

direito de migrar e o direito cosmopolítico interligado ao uso da MNA pelas cortes internacionais de direitos humanos.

O outro método utilizado é o comparativo, que pretende identificar similitudes e diferenças no manejo da margem de apreciação pelos tribunais regionais de direitos humanos na proteção do migrante e seu direito de poder permanecer no Estado receptor.

Com o método dialético torna-se imprescindível, pois existe a necessidade de se perceber a realidade sobre o direito migratório, em diversas facetas, estando este pautado em leis fundamentais, jurisprudências e teorias. Com isso, o método dialético é aquele “[...] que penetra o mundo dos fenômenos através de sua ação recíproca, da contradição inerente ao fenômeno e da mudança dialética que ocorre na natureza e na sociedade”¹⁴.

O levantamento de dados torna-se essencial para uma pesquisa, utilizando-se diversas formas, sendo a primeira delas a documental, conhecida também como fonte primária, e a bibliográfica ou fonte secundária, como forma de atingir o objetivo do trabalho.

Neste estudo está sendo utilizada a pesquisa bibliográfica através da doutrina, leis e fontes secundárias pelas jurisprudências, pois “[...] abrange toda a bibliografia já tornada pública em relação ao tema de estudo, desde publicações avulsas, boletins, jornais, revistas, livros, pesquisas, monografias, teses [...]”¹⁵. Essa técnica de pesquisa foi utilizada para delinear o campo de estudo do direito a migrar, com base no cosmopolitismo jurídico, e o manejo da margem nacional de apreciação, com suas virtudes e defeitos, de forma restrita ou ampliada.

Inicialmente, apresentou-se o cosmopolitismo jurídico como base jurídica inicial do direito de migrar, desde sua origem, passando por Immanuel Kant com seu direito de visita e sua federação de Estados, mas principalmente na elevação dentro da seara internacional do ser humano como sujeito de direito, digno de respeito e de aceitação por tudo e por todos.

Surgiu, então, a necessidade clara de se compreender a soberania como elemento essencial à permissibilidade plena do direito de ir e vir do migrante pelo

¹⁴ LAKATOS, Eva M.; MARCONI, Marina. A. **Metodologia do trabalho científico**. São Paulo: Atlas, 2010. p. 91.

¹⁵ Ibid., p. 92.

mundo, ou seja, sem isso não há direito de migrar. Para tanto, descortinou-se desde a origem desse instituto até a quebra de paradigma do ideal vestfaliano das relações soberanas entre os Estados.

Ainda nesse campo, perseguiu-se analisar o processo integrativo europeu até o direito comunitário, com a aplicação real inicial dos ideais kantianos, que depois evoluiu para a União Europeia, desaguando em uma soberania limitada e não absoluta, mas saindo de sua imersão solitária, para um ideal solidário e empático.

Nesse trilhar, com o objetivo de robustecer ainda mais o direito migratório foi imperioso realizar uma interpretação do fenômeno global dos deslocamentos humanos, desde a pré-história sob as lentes arqueológicas desse movimento, passando pelas teorias sociológicas e econômicas como forma de elucidar e decifrar uma questão de suma importância neste trabalho: o porquê de migrar? Qual motivação leva o ser humano a se deslocar pelo globo?

Em ato contínuo, procurou-se basear a migração, e o migrante como detentor de direitos igualitários ao nacional, mesmo no processo de movimentação pelo mundo, usando assim as teorias de Justiça Social, como John Rawls, Nozick, com críticas de Ronald Dworkin, e a compreensão das capacidades por Amartya Sen, mas que apenas iniciavam esta crítica fundamentada, sendo forçoso ventilar a Justiça Global como mecanismo hábil a enlaçar e solucionar a falta da real igualdade dos imigrantes.

Não menos importante, a dignidade humana como canteiro jurídico solidificador da real e efetiva igualdade do deslocado pelo mundo constitui como ferramenta essencial para se reinterpretarem as bases jurídicas e sociológicas do direito migratório, devendo ser um norte perquirido pelos Estados nacionais.

Com esses alicerces conjugados, apresenta-se a mudança e evolução do direito de visita e hospitalidade kantiana para uma cidadania universal, na qual o direito humano de se deslocar pelo mundo e poder se estabelecer de forma concreta em pé de igualdade com os nacionais funda-se de maneira categórica com o arcabouço jurídico do direito kantiano, da empatia, da solidariedade, das justiças global e social, e sempre emantado pela dignidade humana de forma pragmática com a adoção pelos Estados das cosmopolíticas como instrumentos eficazes de políticas públicas, desaguando tudo para a real concessão do direito de migrar.

Na segunda parte desta tese jurídica buscou-se alcançar a compreensão da margem nacional de apreciação como aparato fundamental para efetivar o direito à migração no mundo, especialmente na Europa, Américas e África, regiões estas que possuem sistemas regionais de proteção de direitos humanos.

Com efeito, só foi possível a existência desses sistemas com a internacionalização dos direitos humanos através da Organização das Nações Unidas (ONU), que permeou pelo mundo inteiro os ideais de proteção dos direitos fundamentais e da busca da paz mundial.

Pelos sistemas de proteção de direitos humanos em cada região mencionada foram criadas as cortes regionais de direitos humanos, as quais colocaram em prática a MNA, como dispositivo jurídico capaz de harmonizar as pluralidades culturais e o mínimo universal dos direitos fundamentais, e de maneira direta a concretude do direito de migrar.

Ao se pesquisar sobre o instituto acima foi-se no encaço de suas origens, princípios e aplicações em direitos definidos nas convenções: europeia, americana e africana de direitos humanos, bem como a equalização entre esses direitos fundamentais com as normas e regras internas de cada Estado-membro dos tratados internacionais, particularmente o direito de migrar dos asilados, apátridas e refugiados.

Assim, traz-se à tona a importância do direito de migratório como problema global a ser enfrentado com uso da margem nacional de apreciação, mesmo possuindo virtudes e defeitos, em seu uso restrito ou ampliado, aliado aos fundamentos jurídicos, filosóficos e sociológicos já citados para solucionar e minimizar o ferimento desse direito humano essencial à humanidade, que, de forma transversal, recai na maior tutela a ser protegida por todos: a vida.

2 A MATRIZ COSMOPOLITANA KANTIANA E O DIREITO DE MIGRAR

De forma inicial, a visão cosmopolita kantiana mostrar-se-á essencial à compreensão do direito de migrar, pois, com seus fundamentos baseados no uso da razão, até a aceitação do diferente permitem ampliar a visão de si no outro, e, com isso, aceitar a inserção do migrante em uma nova sociedade.

O ideal de cosmos em Kant, aliado à sua forma interligada entre o Direito e a Política, eleva o cosmopolitismo a um patamar de direito cosmopolita capaz de gerar os canteiros preliminares necessários a uma solidificação plena e contínua do direito migratório.

Com efeito, o direito cosmopolita em Kant mostrará que, pela concepção de elementos como a federação de nações, a proibição de guerras e da inexistência de exércitos nos países prioritariamente a releitura dos dogmas da soberania criam fundamentos capazes de permitir o real direito de deslocamento do ser humano no mundo.

2.1 A DOUTRINA KANTIANA DO DIREITO COSMOPOLITA

No fim século XVIII e início do XIX, as grandes nações tentavam firmar e consolidar sua presença política, econômica e social nas terras invadidas, como fruto da expansão territorial do período das grandes navegações, iniciadas no século XVI, que tinham como objetivo o acúmulo de riquezas.

Além dessa finalidade econômica, as relações de dominação geravam também o contato com culturas, povos e sociedades diferentes da europeia, ou seja, o mundo estava em expansão, o ser humano agora percebia e visualizava a vida tanto local como globalmente, cabendo ao Direito regular as relações jurídicas internas e as externas, pois, naquele momento, as barreiras nacionais, aos poucos, se apequenavam com a dinamicidade social entre os povos.

É no ambiente de uma Alemanha diferente das grandes nações de então, a exemplo de Inglaterra e França, já possuidoras de bases capitalistas firmadas na sociedade, com o poder da classe política consolidado, que Immanuel Kant escreveu “A Paz Perpétua”, nos idos de 1795, livro que dava respostas a um mundo que tinha sua compreensão não mais limitada pela linha do horizonte, e sim pelo

pertencimento a um todo, um cosmos, em que tudo estaria nele inserido como parte fundamental.

Kant também procurou responder e encontrar a solução para a problemática acima, com uma concepção liberal reformista, sem utilizar como meio a revolução, mas que garantisse a ação política como centro de tudo, mesmo vivendo em uma Alemanha antagonista, na qual as tradições feudais e as exigências burguesas iniciais eram fontes produzindo conflito¹⁶.

Para a solução do problema exposto, inicialmente, deve-se compreender que o ser humano vive em um estado de natureza, no qual tudo está a sua disposição, mas que, nessa situação, não se pode fazer nem o que é justo ou bom, pois tal estado não jurídico não evita conflitos, já que não há limites para suas ações¹⁷.

A natureza não se preocupa se a pessoa vive bem ou não, daí porque a sociedade deve se ater à ferramenta dada ao ser humano com base na razão, pois somente ela recolhe os frutos efetivos em benefício da coletividade, já que somente os dotes dados pela natureza não dão frutos.

O ser humano, mesmo sendo sociável, apresenta-se como uma ameaça constante para dissolver a sociedade, pois sua tendência de sociabilidade, parte do ponto em que ele se sente como um Estado, o qual busca o desenvolvimento de suas disposições¹⁸.

Apesar da característica acima descrita, o ser humano tende a se isolar como forma de conduzir sua vida em seu proveito, de forma utilitarista e não racional, impondo o individual ao coletivo, que cria uma tensão, a qual faz com que o ser humano evolua, pois o retira da preguiça e do recebimento das coisas pela natureza e começa a desenvolver suas potencialidades, sendo o essencial para o início da sua evolução devendo pautar-se e consolidar-se na força da razão.

Inicialmente, pode-se entender simplesmente que a natureza regula tudo, então não seria necessária a criação das leis, pois, se assim fosse, o ser humano -

¹⁶ KANT, Immanuel. **Ideia de uma história universal de um ponto de vista cosmopolita**. Tradução: Rodrigo Naves. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2011, p. 15.

¹⁷ Ibid., p. 1.

¹⁸ KANT, Immanuel. **A paz perpétua**. Um projeto filosófico. Tradução: Artur Morão. Textos práticos da Filosofia. Direção da Coleção: José Rosa & Artur Morão. Título original: A Paz Perpétua. Um Projecto Filosófico (1795). Universidade da Beira Interior Covilhã, 2008. *E-book*. Disponível em: http://www.lusosofia.net/textos/kant_immanuel_paz_perpetua.pdf. Acesso em 03 set. 2020, p. 16.

como pertencente a um Estado - estaria sempre em guerra, e a razão não conseguiria delimitar as suas atitudes, estando ao sabor do desconhecido o destino de todo ser humano¹⁹.

Desse modo, não se deve esperar algo da natureza, ou seja, da explicação pelo Direito Natural para que a humanidade chegasse a uma constituição civil perfeita, pois será imperfeita, já que, naturalmente, o ser humano se autodestrói se apoderando do que não é seu, dominando o indiferente, rejeitando tudo aquilo que não compreende²⁰.

De igual forma, a constituição civil entre os homens geraria a necessidade de limitações de suas liberdades, e para a sua aceitação em benefício da comunidade é necessário que a razão pavimentasse o caminho para a evolução.

A razão, nesse trilhar, diferencia os homens de outras coisas no mundo e de si mesmo, sendo mais elevada do que a própria inteligência, pois, mesmo que seja uma atividade única e não contenha como os sentidos as meras representações, serve tão somente para reduzir as suas regras de sensibilidades, ou seja, uma consciência²¹.

Aos indivíduos o que é dado em disposições pela natureza deveria ser usado e desenvolvido em proveito da espécie e não da singularidade humana, e, nesse caminho, a consciência, em decorrência da razão, mostra-se como forma de ampliar as regras, para ir além do natural, e, assim, transferir para as futuras gerações as luzes, como consequências de suas atitudes²².

O ser humano como animal existente no mundo tem que tirar proveito, ao máximo, de tudo aquilo que ultrapasse a ordenação mecânica da natureza, ou seja, que vá além do disposto e busque mais, desde que tudo isso fosse fruto de sua racionalidade, e não por meio exclusivo da natureza²³.

¹⁹ KANT, Immanuel. **A paz perpétua**. Um projeto filosófico. Tradução: Artur Morão. Textos práticos da Filosofia. Direção da Coleção: José Rosa & Artur Morão. Título original: A Paz Perpétua. Um Projecto Filosófico (1795). Universidade da Beira Interior Covilhã, 2008, p.34..*E-book*. Disponível em: [http:// http:// www.lusosofia.net/textos/kant_immanuel_paz_perpetua.pdf](http://www.lusosofia.net/textos/kant_immanuel_paz_perpetua.pdf). Acesso em 03 set. 2020.

²⁰ Ibid., p. 36.

²¹ KANT, Immanuel. **Fundamentos da metafísica dos costumes**. Rio de Janeiro: Tecnoprint, 1967. p. 35.

²² Id. **Ideia de uma história universal de um ponto de vista cosmopolita**. Tradução: Rodrigo Naves. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2011. p. 26.

²³ Ibid., p. 29.

A passagem para o estado civil feita pelos homens foi compreendida anteriormente pela visão hobbesiana através do absolutismo como consequência do poder dado ao soberano para a garantia da paz pela força, o que traduz a diferença em Kant, pois este compreende um contrato pautado na racionalidade humana, que cria um dever de ingresso, sem necessidade da coação, já que as leis garantem, o “meu e o teu”, mas que sempre esteja preparado para ser dissolvido se não conseguir este objetivo²⁴.

Para tanto, deve-se praticar uma filosofia baseada em explicações racionais, oriundas da natureza humana, na qual sua essência é igual em todo lugar, permitindo a comparação dos povos, encontrando uma semelhança, aprovando o ideal a partir de uma igualdade²⁵.

De maneira genial, Kant modifica a locação da relação do ser humano com o estado da natureza, pois a saída dessa situação ocorre pela sua razão, autorizando que se busque a paz na consolidação do estado civil, regido por regras e leis, e não pela mão forte e absoluta de um soberano e sua vontade de momento. Confirma-se então a diferença de Hobbes em relação a Kant, já que este defendia que o estado da natureza é uma construção racional, pois suas leis inexoravelmente remetem a uma ligação umbilical com a paz²⁶.

Já para Locke, o estado de natureza é perfeito, pois permite que todos vivam em harmonia com as leis naturais, a partir de uma liberdade e igualdade de forma plena e irrestrita, não existindo uma subordinação a outro ser humano ou a um estado civil, e, ainda, caso venha a ocorrer o descumprimento das leis, existe a possibilidade de punição a quem transgredi-las²⁷.

Verifica-se claramente que a teoria lockeana parte de uma premissa de sociedade perfeita, sem problemas humanos internos, como a ambição, o poder, e, acima de tudo, a disposição para a dominação sobre o outro, bem como a ausência completa de pertencimento de coletividade, ou seja, a individualidade é permitida ao máximo, negando uma evolução social para todos.

²⁴ HOBBS, Thomas. **Leviatã**. São Paulo: Martin Claret, São Paulo, 2006. p. 35.

²⁵ VOLTAIRE, **Essai sur les mœurs et l'esprit des nations**. Werdet & Lequien fils: Paris, 1829. p. 314, volume 2. Disponível em: http://classiques.uqac.ca/classiques/Voltaire/essai_sur_les_moeurs_t2/voltaire_essai_sur_le_s_moeurs_t2.pdf. Acesso em: 16 jun. 2021.

²⁶ HOBBS, op. cit. 2006. p. 35.

²⁷ LOCKE, John. **Dois tratados sobre o governo**. São Paulo: Martins Fontes, 1998. p. 35.

Kant, no entanto, avança em relação a Locke, ao entender a sociedade de dentro dos indivíduos para fora, e sua relação com o estado da natureza, pautando-se na razão, e na necessidade do estado civil como forma de regular e limitar os excessos, na procura de uma coletividade, com suas liberdades plenas e eficazes, mas sem prejudicar a terceiros, na qual a igualdade é alcançada.

De acordo com a premissa retro, o ser humano sai de uma sociedade tosca, para uma com princípios morais, através de sua racionalidade e discernimento, porém, mesmo que queira a paz, a natureza quer a discórdia, pois seus impulsos conduzem a fontes de insociabilidade e poder individual²⁸.

Não se deve esperar tão somente que a natureza seja determinante nos desígnios de todos, de sonhar em algum dia viver em paz. É essencial procurar a humanidade em si mesmo com base na sua racionalidade, como força motriz para evolução de todos em benefício coletivo, portanto, deve ser feita a passagem do estado de natureza para o estado civil, mediante uma constituição regrada em um contrato social, tendo por base a razão, e suas condições como ser humano, que necessita de leis e normas que limitam e regulam sua liberdade, mas no estado de natureza é plena, causando na coletividade uma sensação de conflito permanente.

Nesse caminho faz-se necessário um acordo entre todos, em que sua substância seja “[...] uma liga de tipo especial, que se pode denominar liga de paz [...]”, que, diferente do acordo de paz, o qual põe fim a uma guerra, a liga aqui referida traz um condão de continuidade moral dirigida para a perpetuação da convivência harmônica entre os povos, já que vai além do fim do conflito, transpõe barreira e se sedimenta nas nações, como ordem prima a ser seguida²⁹.

A sedimentação dos povos à procura de paz perpassa claramente pela necessidade de liberdade, não bastando apenas ser atribuída à vontade humana se não existe razão suficiente para isso, porém, o humano, ao abusar da liberdade sem a racionalidade necessária na convivência social, percebe-se obrigado a ser um animal de um senhor, que tem uma lei cuja finalidade é limitar a liberdade de todos.

²⁸ KANT, Immanuel. **Ideia de uma história universal de um ponto de vista cosmopolita**. Tradução: Rodrigo Naves. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2011, p. 15.

²⁹ Id. **A paz perpétua**. Um projeto filosófico. Tradução: Artur Morão. Textos práticos da Filosofia. Direção da Coleção: José Rosa & Artur Morão. Título original: A Paz Perpétua. Um Projecto Filosófico (1795). Universidade da Beira Interior Covilhã, 2008. p. 20. *E-book*. Disponível em: http://http://www.lusosofia.net/textos/kant_immanuel_paz_perpetua.pdf. Acesso em 03 set. 2020.

Com isso, sua vontade particular é quebrada em favorecimento de uma vontade universalmente válida, a paz³⁰.

A vontade pela paz permanente, com base na racionalidade, é condição necessária para o exercício de uma liberdade prática, que independe de influência alheia, considera-se livre para suas escolhas, desde que seja usada para a coletividade³¹.

Com base nesse fundamento, a paz pode ser atingida, pois, ao se usar a razão como um imperativo categórico, determina-se a ação humana, independente do mundo em que se encontra, ou seja, uma vontade universal da empatia com o outro. Nesse olhar é possível proporcionar claramente a visualização de si no outro, e, através de uma identidade narrativa de respeito, provoca a empatia e a receptividade do diferente de maneira digna³².

O Estado é feito de pessoas e a relação entre elas configura a percepção de igualdade entre todos, tanto que esse ente não pode ser adquirido, comprado, cedido, pois, em si mesmo, estão o cosmos e a sua autonomia, como bem foi delineado no segundo artigo preliminar: “Nenhum Estado independente (pequeno ou grande, isto vale aqui igualmente) deve poder ser adquirido por outro Estado, pela herança, troca, compra ou doação”³³.

A empatia só existe a partir da compreensão de igualdade fundada em uma dimensão imaginativa e legal que se complementam, pois a primeira aloja-se nas mentes das pessoas que praticam atos cotidianos de compreensão e aceitação da diferença, e a segunda reflete-se nas regras sociais e nas leis, contribuindo para o enalço da efetiva isonomia³⁴.

Do mesmo modo, a afeição se baseia na ideia de fidúcia, ou seja, de confiança entre todos, inclusive os estados, que, mesmo pleiteando a paz ao pôr fim

³⁰ KANT, op. cit., 2011. p. 16.

³¹ KANT, Immanuel. **Fundamentos da metafísica dos costumes**. Rio de Janeiro: Tecnoprint, 1967. p. 30.

³² RICOEUR, Paul. **O justo**. São Paulo: Martins Fontes, 2008. (vol.1). p.75-76.

³³ KANT, Immanuel. **A paz perpétua**. Um projeto filosófico. Tradução: Artur Morão. Textos práticos da Filosofia. Direção da Coleção: José Rosa & Artur Morão. Título original: A Paz Perpétua. Um Projecto Filosófico (1795). Universidade da Beira Interior Covilhã, 2008. p. 21. *E-book*. Disponível em: http://www.lusosofia.net/textos/kant_immanuel_paz_perpetua.pdf. Acesso em 03 set. 2020.

³⁴ NUSSBAUM, Martha. **Los limites del patriotismo**: identidad, pertenencia y ciudadanía mundial. Barcelona: Paidós, 2013. p.35.

a um conflito, não aja sorrateiramente com desconfiança sobre o outro, já prevendo uma guerra futura como bem definido, no primeiro artigo preliminar: “Não deve vigor nenhum tratado de paz como tal que tenha sido feito com a reserva secreta de matéria para uma guerra futura”³⁵.

A incerteza motivada pela desconfiança no outro, no entanto, coloca dúvida nos desígnios das pessoas, potencializado por sua natureza de dominação, uma involução de sua plenitude para com a harmonia no mundo, ou seja, não consegue alcançar sua felicidade³⁶. De igual forma, não tem efetivada sua plena liberdade civil, com impedimento da sua livre circulação pelo mundo, pois barreiras são impostas pela seara legal ou moral, como consequência da desconfiança.

Nesse caminho, a existência de exércitos permanentes em um país acarreta e muito a busca pela paz dentro e fora do Estado, pois, externamente, não pode haver confiança entre as nações, sempre prontas para a guerra, bem como o povo seria tolhido de serviços, como saúde, educação, já que os gastos levariam grandes somas do tesouro nacional, sem um retorno efetivo para a população deste benefício bélico³⁷.

Com essa ação os Estados evoluem de sua liberdade bárbara, pautada na necessidade de prontidão contra o inimigo de maneira contínua, ou seja, sempre pronto para a guerra, indo para uma liberdade plena e eficaz, na qual seu progresso permite a total utilização de suas disposições naturais, tendo como foco a paz.

A premissa do cosmopolitismo kantiano se baseia na centralidade do indivíduo, como ente inicial para a formação do Estado, então, havendo uma irrestrita liberdade humana, existirá também uma liberdade plena para os Estados entrarem em conflito, sendo necessária a limitação de tal condição para evitar a guerra, ou seja, limitar a liberdade bárbara da pessoa e desestimula a guerra.

A comprovação da ausência dessa confiança racional dos Estados culminou, quase 130 anos depois, com a Segunda Guerra Mundial, na qual a Alemanha, derrotada na Primeira Grande Guerra, com sanções econômicas e bélicas geradas

³⁵ NUSSBAUM, Martha. **Los limites del patriotismo**: identidad, pertenencia y ciudadanía mundial. Barcelona: Paidós, 2013, p. 22.

³⁶ KANT, Immanuel. **Ideia de uma história universal de um ponto de vista cosmopolita**. Tradução: Rodrigo Naves. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2011. p. 18.

³⁷ Ibid., p. 23.

pela ausência de fúducia, potencializou o novo conflito, muito mais violento e genocida e que não alcançou a paz desejada no *Tratado de Versailles*.

De maneira paradoxal, as guerras e os conflitos são tentativas de estabelecer novas relações entre os Estados, por meio da destruição, desmembramento ou incorporação de territórios, mas que, ao fim de tanto embate, aceitem uma ordenação de uma constituição civil comum, semelhante a uma República.

A forma republicana de governo também se traduz na maior efetivação das decisões sobre guerras, pois tal sistema possibilita a manifestação da vontade de um povo e sua análise sobre as consequências de um conflito armado, tendo como base uma legislação comum, e a igualdade entre os cidadãos, como definiu Immanuel Kant: “Primeiro artigo definitivo: A Constituição civil em cada Estado deve ser republicana”³⁸.

Deve-se compreender a República em sua forma histórica, na qual o Direito se completa na face da Constituição civil, em sua letra escrita, e não no republicanismo, que tem caráter provisório e precário, pois exige de uma lei máxima que o determine como regra³⁹.

Renova-se aqui o contratualismo kantiano originário, que advém de um fato e não de um ato, ou seja, dentro de todos nós as liberdades selvagens devem ser restritas, na perseguição de uma lei máxima de caráter regulatório, mas que é constituída através de um estado civil republicano, que retira o ser humano da qualidade de súdito, para cidadão, e que tem em sua essência o reflexo das decisões de toda uma sociedade, especialmente sobre os efeitos de uma guerra.

Outro ponto a se destacar é que se deixarem os homens e os Estados, pela própria natureza de suas formações, e, somente de forma acidental, eles aceitassem a constituição civil, correr-se-ia o risco certo de regresso a uma sociedade, em

³⁸ KANT, Immanuel. **A paz perpétua**. Um projeto filosófico. Tradução: Artur Morão. Textos práticos da Filosofia. Direção da Coleção: José Rosa & Artur Morão. Título original: A Paz Perpétua. Um Projecto Filosófico (1795). Universidade da Beira Interior Covilhã, 2008. p. 22. *E-book*. Disponível em: http://www.lusosofia.net/textos/kant_immanuel_paz_perpetua.pdf. Acesso em 03 set. 2020.

³⁹ NOUR, Soraya. **À paz perpétua de Kant**: filosofia do direito internacional e das relações internacionais. São Paulo: Martins Fontes, 2004. p. 16.

que os animais e os homens fossem regulados por condutas inferiores às da civilização⁴⁰.

As futuras gerações não deverão receber as consequências, nas quais apenas a natureza concedeu a um e não a outro a possibilidade de uma constituição civil perfeita, pois, caso ocorra, de nada servirá a racionalidade humana na busca da sua plenitude social. Ao contrário, deve a pessoa sair da característica de rude para a cultural social, na qual seus talentos são desenvolvidos, com seu iluminar na vida, sai das trevas para a luz.

Para alcançar a cultura social e a luz, a construção de uma universalidade cosmopolita de mundo, cujo objetivo seja uma perfeita união de todos os povos, deve ser considerada possível e aceitável, pois a liberdade humana sempre tem um propósito final, e cabe à lei regular essa liberdade, à procura da efetiva relação de confiança entre os Estados, já que na história demonstra que, politicamente, os povos retroagem e avançam de acordo com os conflitos, em consonância com a natureza do ser humano.

Por isso, o direito cosmopolítico kantiano busca a paz mundial alicerçada na ideia de participação universal dos povos da Terra, como uma aldeia global, na qual não haveria guerras e conflitos, e que todos poderiam visitar qualquer local do globo, com algumas restrições, mas sempre tendo como foco a humanidade.

2.1.1 As Relações entre os Estados para além da Federação de Kant

Dentro da perspectiva de que a soberania dos Estados é um dos principais empecilhos ao direito de livre deslocamento humano no mundo, a proposta kantiana de federação de nações rompe o isolamento dos países, procurando uma realidade de maior interligação entre os povos.

Como resultado, esta análise servirá para que a noção de soberania seja adequada às exigências dos deslocamentos humanos atuais, e, com isso, aprimorar uma reflexão crítica frente aos desafios migratórios contemporâneos mundiais.

⁴⁰ KANT, Immanuel. **Ideia de uma história universal de um ponto de vista cosmopolita**. Tradução: Rodrigo Naves. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2011. p. 36.

2.1.1.1 Da Evolução do Conceito de Soberania e Suas Reflexões

De pronto, depois da visualização do entendimento inicial do direito cosmopolita kantiano, e com o intuito de aprofundar esse conhecimento para uma melhor compreensão do direito de migrar, torna-se necessário entender como, ao longo da história, o conceito de soberania evoluiu até os dias atuais.

Por certo, o momento político nos quais estão inseridas as relações entre os Estados, e da humanidade com a terra, seja pelo viés filosófico ou jurídico, imprime uma concepção de Estado soberano diferente para cada época, que irá impactar fortemente nos deslocamentos humanos pelo mundo.

Como bem asseverou sobre esta influência:

Diz respeito a um poder de mando incontestável, numa determinada sociedade política; a um poder independente, supremo, inalienável e, acima de tudo, exclusivo. Ou seja, um poder sem igual ou concorrente, no âmbito de um território, capaz de estabelecer normas e comportamentos para todos seus habitantes⁴¹.

De igual maneira, a conceituação da soberania sofreu constantemente influências políticas no momento de sua criação, e o Direito tenta disciplinar, de forma a não haver distorções epistemológicas sobre o tema, que não pode ser dissociado claramente da teoria política⁴².

Novos elementos econômicos oriundos da globalização provocam fortes reflexos para a compreensão da soberania, da democracia e dos direitos humanos, felizmente este último com maior latitude de proteção nas esferas das convenções internacionais e de processos integrativos de comunidades de Estados, como na União Europeia.

Em geral, ao se conceituar a soberania, realiza-se uma ligação tradicional à procura de um caráter original do poder soberano ao Estado, de forma absoluta, já que ele tem a capacidade de determinação das normas e imposição a todos, o que

⁴¹ FARIA, José Eduardo. **O direito na economia globalizada**. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 27.

⁴² DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de teoria geral do estado**. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 76.

por si só demonstra o total desrespeito à pluralidade e complexidade da sociedade moderna⁴³.

Infelizmente a visão tradicional de soberania, tão em voga na atualidade nos discursos nacionalistas em vários lugares do globo, insiste em mantê-la atrelada às primeiras referências teóricas, ou seja, a sua centralização nos Estados, no momento da sua formação. Como o discurso do ex-Presidente dos Estados Unidos da América, Donald Trump na abertura anual dos trabalhos da ONU (Organização das Nações Unidas) em 2019:

Se você quer liberdade, mantenha sua soberania e, se quiser paz, ame sua nação o futuro não pertence aos globalistas. O futuro pertence aos patriotas. O futuro pertence a nações soberanas e independentes.⁴⁴

Não se deve, na atualidade, visualizar a soberania sob o prisma da visão estatal, como fonte emanadora do poder soberano, pois os Direitos Humanos e a dignidade humana estão inseridos em tratados internacionais, nos quais os Estados são signatários e devem obedecer a essa premissa sob pena de se tornar sem efeito o exercício interno ou externo da soberania.

Com efeito, a globalização trouxe a dissolução dos fundamentos tradicionais da soberania em diversos aspectos, desde a mitigação da liberdade dos Estados de exercer de forma plena suas ações soberanas, devido à ordem transnacional, até o surgimento de novos atores no cenário internacional, que impõem a criação de entidades amplas capazes de ir além do limitado Estado-Nação⁴⁵.

De igual monta, o Estado deve deixar de ser soberano de forma isolada, para evoluir de maneira constitucionalmente cooperativa, ou seja, incorporar em sua soberania as premissas da transparência e da integralização de elementos das

⁴³ FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. **Estudos de filosofia do direito**: reflexões sobre o poder, a liberdade, a justiça e o direito. São Paulo: Atlas, 2002. p. 22.

⁴⁴ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Discurso de Donald Trump, ex-presidente dos Estados Unidos da América, na abertura da 74ª Sessão da Assembleia Geral da ONU**. Disponível em: <https://news.un.org/pt/story/2019/09/1688272>. Acesso em 26 dez. 2022.

⁴⁵ CHEVALLIER, Jacques. **O Estado pós-moderno**. Tradução: Marçal Justen Filho. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 124.

relações internacionais e supranacionais, pois assim se expandiria sua identidade para com o mundo cada vez mais global e unificado⁴⁶.

Assim a soberania não pode ser definida com conceitos fechados, nem mesmo sendo compreendida como “suprema”, pois a sociedade é dinâmica e líquida, modifica-se ao decorrer do tempo, aglutinando novos valores, dentro de um sistema social, que nunca está parado, mas que compreende uma autopoiese capaz de alterar o todo⁴⁷.

2.1.1.1.1 Do direito canônico a Jean Bodin: o aparecimento do único soberano

Historicamente, apesar de se compreender que o início de conceitos mais apurados de soberania começou com Jean Bodin⁴⁸, no século XVI, no entanto, no século XII, sob o manto do poder papal e dos poderes do imperador já existiam compêndios que possibilitam o início da discussão sobre o tema, sendo possível apenas encontrar importantes referências sobre o poder soberano dos papas.

Não se pode falar do poder dos papas sem mencionar o Direito Canônico, que, apesar de se amarrar às fontes de Direito Natural, traz regulamentações preliminares sobre a soberania, em especial a obra *Decretum Gratiani*, pois havia discussões sobre de quem seria o poder supremo, dos papas ou do imperador, e, óbvio, uma das marcas principais que se personifica a soberania é o governante⁴⁹.

No texto retro demonstra-se como uma obra sobre direitos apenas define com base no Direito Natural, somente o que é pecado ou não, como forma de impor poder pelo medo da pena divina a ser aplicada, seja em vida ou morte, e não as

⁴⁶ HÄBERLE, Peter. **Estado constitucional cooperativo**. Trad. Marcos Maliska e Elisete Antoniuk. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. p. 07.

⁴⁷ LUHMANN, Niklas. **La sociedad de la sociedad**. Traducción de Javier Torres Nafarrate. México: 2007. p. 50.

⁴⁸ Jean Bodin nasceu em Angers, França, em 1530. Filho de um alfaiate, quando jovem entrou para a Ordem dos Carmelitas, em Angers. Em 1549, foi liberado de seus votos monásticos, acusado de heresia. Estudou Direito na Universidade de Toulouse e, depois de formado, lecionou Direito Romano na mesma Universidade. Foi um jurista e teórico político francês, que exerceu grande influência na sociedade europeia através da formulação de suas teorias econômicas e seus princípios de “bom governo”, numa época em que os sistemas medievais foram dando lugar a Estados centralizados. Foi considerado o iniciador do conceito moderno de soberania. Falecendo em 1596 (BODIN, 1997. p. 8.).

⁴⁹ KRITSCH, Raquel. **Soberania: a construção de um conceito**. São Paulo: Humanitas FFLCH/USP: Imprensa Oficial do Estado, 2002. p. 125.

questões de justiça de conceder a cada um o que é seu, as quais não tinham nenhuma relevância⁵⁰.

Devido ao exposto, e depois da queda do Império Romano, no século V, e o fim do feudalismo, por séculos aceitou-se que o poder supremo é fortalecido na pessoa do papa e não na do imperador, mesmo ainda não havendo um território físico a se impor a “soberania divina”, e sim através da coerção do ser humano pelo território espiritual, formando cadeias e mais cadeias de ordenamentos para a consolidação do poder supremo, através do cristianismo e da Igreja católica.

Nessa toada, os imperadores, ao perceberem que seu poder não era supremo sobre seus súditos e suas terras, tanto que no século XI obrigaram o Papa Gregório VII, a editar princípios autônomos da Igreja, para não haver a interferência desses monarcas, e assim, de forma indireta, reafirmar que o poder papal é divino e superior a tudo e a todos, ou seja, a soberania da fé⁵¹.

Tão grande era o poder papal que, por volta do século XII, era maior do que o do imperador governante, acirrando a disputa para determinar se o papa ou o imperador poderia nomear os bispos, demonstrando que a soberania espiritual existe, e que começa a escrever formas de governar a todos pelo poder investido.

Na procura de apaziguar e conciliar os poderes soberanos do papa e do imperador é que as Reformas Gregorianas reafirmavam seu poder, tendo o rei como aquele ungido por Deus, mas abaixo do papa, e colocado dentro da Igreja, mas não acima, configurando cada vez mais o poder soberano papal⁵². Essa situação ocorreu pela influência laica no interior da Igreja, possibilitando o seu desenvolvimento a partir da Alta Idade Média, em diversos reinos como a Borgonha e a Boêmia.

De maneira simplória, a entidade adversa à Igreja, neste caso o império, apresentava-se de forma rudimentar, sem produção legislativa, baseando-se na personalidade do rei, sendo apenas um juiz para decidir conflitos, o que demonstra claramente o poder papal sobre os monarcas⁵³.

⁵⁰ VILLEY, Michel. **Filosofia do direito**: definições e fins do direito. Os meios do direito. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p. 109.

⁵¹ GOYARD-FABRE, Simone. **Os princípios filosóficos do direito político moderno**. São Paulo: Martins Fontes, 1999. p. 10.

⁵² BARROS, Alberto Ribeiro. **A teoria da soberania de Jean Bodin**. São Paulo: Unimarco, 2001. p. 141.

⁵³ LOPES, José Reinaldo de Lima. **O direito na história**: lições introdutórias. 2. ed. São Paulo: Max Limonad, 2002. p. 86.

Para confirmar o poder papal, o Estado e a Igreja passaram a imitar uns aos outros, através da utilização recíproca de emblemas, símbolos, diretos superiores entre o papa e o imperador de forma que, no final da Idade Média, surgiu a ideia de uma papado caracterizado como uma monarquia absoluta racional, e o poder estatal se tornando uma quase igreja, com uma monarquia divina, na qual o soberano era o enviado de Deus⁵⁴.

Com o desenvolvimento e aprofundamento dos estudos do Direito Canônico, advindo das reformas gregorianas antes citadas, começou a existir a aplicação da justiça na era medieval, com a criação de compilações legais escritas, e, com isso, um embrião de jurisdição, que, ao mesmo tempo com os costumes, começaram a criar regras legislativas preparando o campo para um ideal de soberania territorial não mais divina⁵⁵.

A luta pelo poder entre os monarcas e o papado, ao fim do século XIII, girava em torno da competência jurídica de cada um em resolver conflitos, o que delimita, fortalece e consolida territorialmente a soberania de um governante, como atributo essencial a seu poder, impondo normas, punindo os crimes, cobrando e criando tributos, todas estas funções inerentes ao soberano⁵⁶.

Nesse caminho, a intensa troca jurídica inicial entre o Direito Canônico e o Direito do imperador, ainda de raízes romanas, já que, apesar do fim do Império Romano, suas fontes legais ainda influenciavam o mundo - naquela época - possibilitaram a elevação do Estado a um patamar sobrenatural e divino, necessário em um primeiro momento para fortalecer o poder soberano⁵⁷.

Os esforços para fixar o poder dos monarcas frente ao poder do papado lançaram as primeiras sementes da ideia de soberania. Transitou-se do poder espiritual para o poder secular sobre territórios que, aos poucos, eram demarcados e

⁵⁴ KANTOROWICZ, Ernest. Mistérios do estado. Um conceito absolutista e as suas origens na baixa idade média. In: KANTOROWICZ, Ernest. **Morrer pela Pátria**. Lisboa: João Sá da Costa, 1998. p. 34.

⁵⁵ LIMA, José Reinaldo de. **O direito na história**: lições introdutórias. 2. ed. São Paulo: Max Limonad, 2002. p. 91.

⁵⁶ Ibid., p. 97.

⁵⁷ KANTOROWICZ, Ernest. Mistérios do estado. Um conceito absolutista e as suas origens na baixa idade média. In: KANTOROWICZ, Ernest. **Morrer pela pátria**. Lisboa: João Sá da Costa, 1998. p. 39.

submetidos ao poder de um único governante. Aspirava-se, com isso, estabelecer a separação absoluta entre a Igreja e a Monarquia.

Antes disso, ainda no início época Medieval, o conceito de soberania começava a ser transferido para a personificação do rei, que, ungido por Deus e dotado de poder divino, reinava de forma suprema, mas ainda sob o manto dos ordenamentos papais.

Em nível de comparação, anteriormente em Roma, até o século V, a soberania era um poder supremo do Estado em ordem política e administrativa, seja no Império ou na República, com aplicação ampla e com representatividade na figura do Imperador ou do Senado⁵⁸.

Demonstra assim que a Era Medieval desconstruiu a ideia de soberania aliada ao Estado, pois, com as invasões bárbaras e a queda do Império Romano, o poder foi diluído em pequenos feudos, elevando a Igreja como ente supremo frente ao monarca, o que demorou mais 700 anos para que o Rei e o Estado voltassem a ser instrumentos de consolidação da soberania.

Ao pesquisar a etimologia da palavra soberania, encontra-se o sentido de *superanus, super omnia, supremias*, sendo comum a todas elas o fato de ser uma potência absoluta e perpétua, e que não há nada acima dela⁵⁹. Com isso, surgiu primeiro o poder político da soberania, como em Roma, ou seja, o incontestável caráter das decisões do soberano dadas ao Imperador, mas que não se aproximou do que se conhece hoje como soberania. Somente no século XIII, que se compreende sua enorme importância, mas esta se concretizará na modernidade.

No fim da Idade Média, a soberania passou a ter sua amplitude delineada, mas ainda com base na intangibilidade do rei e seu carisma junto aos súditos, que futuramente, em um marco temporal importante, Jean Bodin conceituaria, por definitivo, a soberania, desvincilhando-se das amarras religiosas e papais.

Ademais, a soberania ainda não conhecia, na Idade Média, a necessidade de oposição entre o poder do Estado e outros poderes, como o espiritual da religião

⁵⁸ GOYARD-FABRE, Simone. **Os princípios filosóficos do direito político moderno**. São Paulo: Martins Fontes, 1999. p. 115.

⁵⁹ GOYARD-FABRE, Simone. **Os princípios filosóficos do direito político moderno**. São Paulo: Martins Fontes, 1999. p. 118.

católica, que será extremamente necessário para cindir de vez o Estado e a Igreja, e consolidar o soberano⁶⁰.

A acirrada disputa de poder entre as figuras medievais, como os senhores feudais, os monarcas e o papado criou um ambiente político perfeito para o desenvolvimento sobre seus jurisdicionados do conceito de soberania, culminando na criação e formação dos Estados soberanos e na unicidade deste conceito.

Até o século XII, todavia, a unicidade do poder soberano em uma única pessoa não existia, pois havia a soberania do senhorio sobre seus vassalos e a do rei sobre seu reino, necessitando da junção e pacificação do poder em um só, para o avanço e, conseqüentemente, a criação da monarquia absolutista⁶¹.

Com a implementação do absolutismo monárquico, a soberania se apresentava como poder único dado ao rei tendo como base o nascedouro divino do poder concedido por Deus e incontestemente contra tudo e contra todos, no entanto esse poderio pode ser de origem providencial, o qual ainda necessita da benção papal para ser concedido ao monarca, ou sobrenatural, que vem diretamente de Deus sem necessidade de intervenção nenhuma⁶².

Verifica-se, claramente, que os reis passaram a utilizar o mesmo estratagema da Igreja, ou seja, o Direito Divino de ser soberano sobre seu povo aqui na terra, e, com isso, começou a existir a concentração dos poderes em uma única pessoa sem limitação ou permissibilidade do papa. Assim, o rei somente deve obediência a Deus.

Com o término do domínio do poder da Igreja junto ao monarca, a partir do século XVI, “[...] a soberania do rei é originária, ilimitada, absoluta, perpétua e irresponsável em face de qualquer outro poder temporal ou espiritual”⁶³, e o Estado assume sua importância como fonte de tudo.

É necessário, para melhor entendimento, retornar a obra de Jean Bodin, para se iniciar a discussão mais moderna do que seria a soberania, partindo das

⁶⁰ DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de teoria geral do estado**. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 75

⁶¹ Ibid., p. 95.

⁶² AZAMBUJA, Darcy. **Teoria geral do estado**. 27. ed. Rio de Janeiro: Globo, 1988. p. 56.

⁶³ BODIN, Jean. **Los seis libros de la república Jean Bodin**. Madrid: Tecnos, 1997. p. 67.

reflexões da plenitude do poder do imperador e do papa, e agora adicionando a figura do Estado com a República, para compreensão do poder soberano⁶⁴.

Tal fato ocorreu porque a República conseguiu separar o poder do Estado de outras influências que não permitissem sua autonomia, o que na monarquia absolutista ainda há a pecha do divino sobre o rei, tanto que a soberania seria “[...] um poder absoluto e perpétuo de uma República”⁶⁵.

De igual maneira, naquela época, o frágil Estado moderno, que teve início no século XVI necessitava de uma organização própria e de reflexões do poder sobre ele, pois as disputas inerentes à consolidação de suas funções na Europa repercutiram na criação do Direito Público e depois na relação dos Estados, no âmbito internacional.

A organização própria do Estado Moderno é de suma importância, pois traz à ordem política e às disputas pelo poder uma unicidade necessária para que se delimite a soberania com base nos elementos formadores do Estado: território, povo, nação, aproximando-se do entendimento mais tradicional do século XX, especialmente entre as grandes guerras mundiais.

A quebra de paradigmas em relação à definição de soberania apresenta-se em Bodin, na sua concepção, pois a entende como poder absoluto, aquele que desvincula sua existência a qualquer outro poderio, como o papal, e que não há nada superior, detendo o soberano a competência para criar ou transformar leis, exceto as leis divinas e naturais⁶⁶.

Não se deve considerar a existência de um paradoxo na concepção de soberania exposta acima, pois o soberano não se sujeita mais à Igreja como instituição política, apenas a Deus, já que não depende mais da espiritualidade para governar, e sim do direito natural e divino, como bem definiu:

Quanto às leis divinas e naturais, todos os príncipes da Terra lhes estão sujeitos e não está em seu poder contrariá-las, se não quiserem ser culpados de lesar a majestade divina, fazendo guerra a Deus, sob a grandeza de quem todos os monarcas do mundo devem dobrar-se e baixar a cabeça com temor e reverência⁶⁷.

⁶⁴ SCATTOLA, Merio. Ordem da justiça e doutrina da soberania em Jean Bodin. In: DUSO, Giuseppe (org.). **O poder: história da filosofia política moderna**. Petrópolis: Vozes, 2005. p. 61.

⁶⁵ BODIN, Jean. **Los seis libros de la república Jean Bodin**. Madrid: Tecnos, 1997, p. 75.

⁶⁶ BODIN, Jean. **Los seis libros de la república Jean Bodin**. Madrid: Tecnos, 1997, p. 67.

⁶⁷ DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de teoria geral do estado**. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 77.

O Direito Natural limita não somente o soberano, mas também a palavra e a fidedignidade na formação dos contratos com seus súditos devem ser respeitadas, abrindo nesse caminho a necessidade da proteção da propriedade privada, pois só se negocia ou se permuta aquilo que a pessoa entende como seu.

O direito do soberano não permite que seus súditos se opunham ao seu poder, ou resistam a seus ordenamentos, ou questionem seus posicionamentos, bem como modifiquem o que já foi escrito, tudo pelo fato de o Rei responder apenas a Deus, que providenciará prudência, parcimônia e força quando necessárias ao monarca em suas decisões⁶⁸.

A soberania mistura-se ao soberano desde o momento que seu poder é único naquele território, decidindo sobre questões de Estado, além de incondicional, impositivo e atemporal, atributos que serão formadores do Estado Moderno no futuro⁶⁹.

Ao se interpretar a aplicação da Lei, sob o manto da última instância em uma República, constrói-se claramente a figura do soberano, como essencial ao controle do poder do Estado, criando, definitivamente, o rompimento de disputas entre o poder papal, do imperador e dos reis e a desnecessidade de grandes discussões teóricas sobre o tema⁷⁰.

Devido ao acima exposto, todos os poderes são colocados dentro de um território, de maneira que todos fiquem de forma descendentes em face do supremo poder do soberano, havendo uma concentração nas mãos do monarca, e este apenas deve respeito e obediência a Deus.

Por óbvio, devido à quantidade de afazeres do rei, existiram momentos em que foram necessárias pequenas outorgas de poder, mas esses momentos não implicam a transferência de soberania, e sim apenas uma maneira de fazer valer a supremacia de seu poder⁷¹.

⁶⁸ GOYARD-FABRE, Simone. **Os princípios filosóficos do direito político moderno**. São Paulo: Martins Fontes, 1999. p. 117.

⁶⁹ BARROS, Alberto Ribeiro. **A teoria da soberania de Jean Bodin**. São Paulo: Unimarco, 2001. p. 236.

⁷⁰ BODIN, Jean. **Los seis libros de la república Jean Bodin**. Madrid: Tecnos, 1997. p. 45.

⁷¹ DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de teoria geral do Estado**. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 78.

Há de se ressaltar que apesar de o soberano ser a máxima autoridade no seu território, aos magistrados eram concedidos poderes não doados, para que fossem exercidos sobre os súditos de forma diferente, sempre necessitando de confirmação do soberano, através de uma verdadeira distribuição dentro da República de suas competências, levando sempre em conta sua submissão ao soberano.

Torna-se importante a compreensão do acima exposto, pois demonstra o nascimento, na concepção moderna de soberania, do exercício comum desse poder por outras pessoas e não somente pelo governante, ou seja, não absolutista.

A continuidade do poder é essencial para a manutenção da soberania na figura do governante, por isso a perpetuidade torna-se elemento fundante, que não sofre cronologia com o passar dos anos, pois se isto ocorre deixa de ser soberano, e assim a questão hereditária na assunção ao trono pelos reis afirma-se como necessária para a perenidade de tal poderio⁷².

É correto afirmar que a figura do “rei vivo”, como fonte de força de sua soberania, apresenta-se na forma de perpetuidade do poder, mas que, mesmo com sua morte, o poder se transfere de imediato, e, com isso, dá o condão de continuidade, para além do tempo, em nada se alterando, seja na Monarquia ou na República, verificando que, naquele momento, o elemento democrático ainda não justifica o poder.

O soberano não é mero depositário temporário do poder, a título precário, ou que este advém do povo, por isso que não se trata de democracia como emanadora de vontade de todos. De forma efetiva, o monarca é detentor exclusivo e único da supremacia frente a todos, de forma atemporal e perpétua.

O contexto político no qual Bodin está inserido é a monarquia francesa que, à época, procurava firmar e consolidar o poder inquestionável e absoluto dentro de seu território, retroagindo a definições da época medieval de autoridade e potestividade, ou seja, o direito de criar leis, as quais, uma vez criadas, seriam efetiva sem questionamentos no momento de sua execução⁷³.

⁷² BARROS, Alberto Ribeiro. **A teoria da soberania de Jean Bodin**. São Paulo: Unimarco, 2001. p. 238.

⁷³ BARROS, Alberto Ribeiro. **A teoria da soberania de Jean Bodin**. São Paulo: Unimarco, 2001. p. 234-235.

Começou, então, a necessidade de centralização do poder apenas no soberano, para não haver intromissão pelo poder papal nas regras do rei, criando, com isso, jurisdição, autoridade e comando superiores a tudo e a todos como forma de supremacia da soberania.

Assim, a monarquia francesa conseguiria consolidar sua base de poder, e promover a justiça e a ordem, com alicerce no conceito medieval, antes usado para os papas e agora para o Rei, o chamado *plenitudo potestatis*, ou seja, o poder total, inalienável, imprescritível e inquestionável, que mais tarde serão aplicados ao conceito da soberania como pilares de sustentação⁷⁴.

A quebra de paradigmas em Bodin ocorre quando modifica a personificação do poder papal, advindo do Direito Canônico, para o monarca, fugindo do ideal de vassalagem e sacerdócio como forma da consolidação desse poderio, indo direto do Rei a Deus sem intermediários, iniciando os conceitos de unicidade do poder, centralização e, acima de tudo, o território de jurisdição do monarca.

De forma indireta e não intencional, Bodin cria o conceito de perenidade que dará futuramente suporte para a criação da figura do Estado, pois este será a força da República, e, conseqüentemente, a transferência do poder legislativo do rei para o estatal, não havendo mais uma única forma de emanção da soberania, mas sim um conjunto de entes políticos e público⁷⁵.

Apesar do poder soberano, em Bodin, ser em Deus e de forma divina, no entanto, de forma paradoxal reflete também uma visão de ordem terrena para a sua unicidade, desvencilhando o poder papal do estatal, e, com isso, ocorreu o início da separação da Igreja e Estado.

A unicidade, indivisibilidade, inalienabilidade e o poder intransferível são elementos que se extraem da obra de Bodin e que influenciarão muito a evolução contínua do conceito de soberania na modernidade.

Na compreensão do contexto político em que Bodin se encontrava na França do século XVI, a monarquia daquele país ainda sofria a influência de Maquiavel, com sua obra “O Príncipe”, como forma de consolidação de poder, mas que estava em

⁷⁴ GOYARD-FABRE, Simone. **Os princípios filosóficos do direito político moderno**. São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 22.

⁷⁵ GOYARD-FABRE, Simone. **Os princípios filosóficos do direito político moderno**. São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 34.

decadência, necessitando da teoria de Jean Bodin, para que o monarca francês reconquistasse sua autoridade perdida⁷⁶.

Pelo pensamento maquiaveliano, a soberania se apresentava como uma realidade efetiva de uma sociedade, fugindo claramente do ideal utópico, na qual o governante não era influenciado pelo mundo da razão, mas sim possuía a virtude técnica capaz do exercício do poder soberano, sem as consequências dos eventos históricos e de significados advindos do povo ou da moralidade social de momento⁷⁷.

Como resultado, na Europa da época, as monarquias absolutistas baseadas nesse pensamento passavam por questionamentos iniciais de sua legitimidade, gerando insegurança nos países, o que necessitou de uma releitura do ideal de soberania.

Já a semelhança entre Bodin e Maquiavel era encontrada na unicidade do poder de forma centralizada e ilimitada, inserida em uma sociedade política, que poderia colocar fim ao caos, porém a diferença entre eles reside no que tange à restrição ou limitação do poder do soberano pelo divino, ou seja, Jean Bodin não coaduna com um absolutismo moral do rei, e sim, que deve ser limitado pelos costumes e pela ordem moral da sociedade, para, com isso, adquirir respeito e consolidar sua supremacia soberana⁷⁸.

O fundamento de Bodin pauta-se na estrutura de poder organizada da República, com uma autoridade no monarca francês, sem arroubos de democracia pelo povo, mas, ao mesmo tempo, conseguindo identificar os atos da vida comum como forma de estabelecer uma ligação umbilical entre o poder consolidado do rei e os costumes da sociedade, tudo sob o manto do Direito Divino e de Deus.

O soberano pode até possuir conselheiros através de órgãos específicos, como os magistrados que julgam os litígios entre os súditos, por isso aparecem as figuras das Assembleias populares, que, de maneira única e rara, coloca o povo em contato mais aproximado com o monarca⁷⁹.

A República tem o soberano com limitações de Deus, advindo de leis divinas e naturais, por isso usa-se a forma da família para demonstrar que o pai governa,

⁷⁶ Ibid. p. 42.

⁷⁷ MAQUIAVEL, Nicolau. O Príncipe. São Paulo: Martins Fontes, 1996. p. 36.

⁷⁸ HINSLEY, Francis H. **El concepto de soberanía**. Barcelona: Editorial Labor, 1979. p. 105-106.

⁷⁹ BODIN, Jean. **Los seis libros de la república Jean Bodin**. Madrid: Tecnos, 1997. p.69.

os filhos o seguem e obedecem, e assim se cria, de forma artificial, um viés de naturalismo metafísico com base em princípios naturais imutáveis e indiscutíveis e que devem ser acatados de forma absoluta⁸⁰.

Para Jean Bodin, com base na família e na separação das funções dos entes que a compõem devem ser refletidas nas esferas públicas, privadas do governante, e a privada do comum, mas, ao mesmo tempo, controlada e regulada pelo Estado.

Em relação às formas de governo, estas apenas se diferenciam de acordo com a localização do poder, e de como ele é exercido, pela monarquia, aristocracia e democracia. Com relação à democracia, o respeito à coisa pública e ao cidadão é grande, com uma maior liberdade a cada um que surge com a soberania e seu poder com o povo, pois, de maneira igual, todos são submetidos à mesma lei. Na sociedade, todavia, a desigualdade se apresenta de forma natural para as coisas e as pessoas, gerando conflitos, já que nem todos querem ser iguais devido a ter aquilo que outro não tem, ou seja, a propriedade privada⁸¹.

Na aristocracia, presume-se o governo dos melhores e mais aptos a comandar todos, no entanto, essa disputa de poder pelas habilidades não produz a perenidade e unicidade do soberano, não se apresentando como melhor forma de Estado. Por isso, para Bodin, a monarquia se mostra como a forma de Estado perfeita, pois elimina a intranquilidade, estabelece paz contínua e um poder soberano supremo e inquestionável mesmo com a morte do rei, pois seu sucessor é certo, sendo mais estável do que as outras formas⁸².

Vale ressaltar, que a monarquia representa a melhor forma de governo, pois existe apenas uma única pessoa com poder e comando, evitando crises e conflitos, e a coisa pública seria mais bem gerida, já que o soberano detém direitos exclusivos e superiores a qualquer um, além do profundo respeito às leis naturais e como consequência as liberdades e propriedades dos súditos⁸³.

A democracia apresenta-se inadequada para a soberania, na visão de Bodin, pois ele compreende que na participação do povo e da aristocracia na coisa pública

⁸⁰ GOYARD-FABRE, Simone. **Os princípios filosóficos do direito político moderno**. São Paulo: Martins Fontes, 1999. p. 136.

⁸¹ Ibid., p. 79

⁸² BODIN, Jean. **Los seis libros de la república Jean Bodin**. Madrid: Tecnos, 1997, p. 87.

⁸³ BARROS, Alberto Ribeiro. **A teoria da soberania de Jean Bodin**. São Paulo: Unimarco, 2001. p. 322-323.

deve haver uma harmonia proporcional para que se chegue a um equilíbrio como condição de estabilidade a República⁸⁴.

Por fim, a inovação trazida em Bodin segue até hoje, pois apazigua os conflitos de poder, personifica o soberano como único, dá uma perenidade à soberania, e, acima de tudo, confirma inicialmente a importância da delimitação territorial desse poder junto a um povo, mas também, de forma paradoxal, consolida processos de dominação e colonização dos mais fortes sobre os mais fracos, já que não se trabalha no ideal de uma soberania popular.

2.1.1.1.2 *De Hugo Grotius; Thomas Hobbes até Jean Jacques Rousseau: o mundo para além-mar até a soberania popular*

Com a evolução do ideal de soberania e sua constante mudança no mundo em idos do século XVI em diante, agora será analisado esse instituto tão importante, sob a ótica de Hugo Grotius, Thomas Hobbes e, por fim, Jean Jacques Rousseau e a base do poder popular para a definição do poder soberano.

Começando por Hugo Grotius⁸⁵, o qual estava inserido em uma família aristocrática holandesa, tendo estudado Direito, em Paris, e, como advogado, em seu primeiro arrazoado, criou a liberdade dos mares, que foi base na defesa de direitos ultramarino da Holanda, frente à Inglaterra⁸⁶.

Ao ser preso, devido a sua posição política contra o monarca pela autonomia das províncias holandesas, fora condenado à prisão perpétua, no entanto, conseguiu fugir e se instalar na corte francesa, e escreveu em 1625 *O Direito da guerra e da paz*, obra de grande importância fazendo a mudança do direito natural

⁸⁴ Ibid., p. 334.

⁸⁵ Hugo Grotius foi um jurista holandês nascido em 1583, considerado um dos fundadores do Direito Internacional. Foi também diplomata, poeta, dramaturgo e historiador. É o autor da obra *O Direito da Guerra e Paz*. Desenvolveu a doutrina da guerra justa, já estabelecida por St. Agostinho, como também na área da teologia escreveu o texto *De Veritate Religionis Christianae* (1627), que inaugurou a investigação dos elementos racionais comuns a todos os cultos históricos. Como historiador publicou *Annales et Historiae de Rebus Belgicis* (1657) e *Historia Gothorum Vandalorum et Longobardorum*. Em exegeses (interpretação de uma obra) publicou *Adnotationes ad Vetus et Novum Testamentum*, antecipa os métodos de comparação filológica e da crítica bíblica moderna. Faleceu em Rostock, Alemanha, no dia 28 de agosto de 1645. (GROTIUS, 2004. Vol. I, p 5).

⁸⁶ FERRAJOLI, Luigi. **A soberania no mundo moderno**. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 15.

eclesiástico para o moderno, criando uma Teoria do Estado relacionada ao princípio da efetividade, que futuramente será a base do Direito Internacional⁸⁷.

Outra obra de Grotius de grande importância é a *Mare Liberum*⁸⁸, que foi publicada em 1609, de forma anônima, tendo em vista sua posição contra a Inglaterra, que, à época, era uma das grandes nações navegadoras que dominavam colônias pelo mundo⁸⁹.

A referida obra de Hugo parte do princípio de que os homens vivem em sociedade e que tal condição suscita efetivamente o direito da liberdade nos mares, ou seja, o mar é a extensão do direito natural dos indivíduos em conviver socialmente com todos gerados, efetivamente, pela necessidade natural, como ele bem disse:

Quanto ao homem feito, capaz de reproduzir os mesmos atos a respeito de coisas que tenham relações entre elas, convém reconhecer que possui nele mesmo um pendor dominante que o leva ao social, para cuja satisfação, somente ele, entre todos os animais, é dotado de um instrumento peculiar, a linguagem. É dotado também da faculdade de conhecer e agir, segundo princípios gerais, faculdade cujos atributos não são comuns a todos os seres animados, mas é a essência da natureza humana⁹⁰.

Começou, então, o deslocamento do direito divino incontestado, para um direito natural sem influência cega pela religião ou de fé, e sim tomado pela “reta razão”, que é dada pelo fato de o ser humano conhecer a Deus, entregando a todos e todas a condição de distinguir se suas ações são amorais ou erradas.

Nesse caminho o direito das gentes apresenta-se de forma voluntária entre os Estados no cenário internacional fugindo do direito natural posto, ou seja, a guerra pode ser justificada quando injusta é a agressão, ou quando os mais fortes se impõem aos mais fracos, e Grotius define que o conflito como um direito natural imposto a todos⁹¹.

⁸⁷ MORRIS, Clarence. (org.). **Os grandes filósofos do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 74.

⁸⁸ GROTIUS, Hugo. *Mare Liberum*. Tradução: Ralph Dan Magoffin, Oxford University Press. Toronto Canadá. 2000. p.23.

⁸⁹ Ibid., p. 65.

⁹⁰ GROTIUS, Hugo **O direito da guerra e da paz**. Tradução: Ciro Mioranza. Ijuí: Unijuí, 2004. v. I, p. 38.

⁹¹ FERRAJOLI, Luigi. **A soberania no mundo moderno**. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 17-18.

Para legitimar a guerra como direito natural, Hugo defende que todos os animais, especialmente o ser humano, detêm direitos e meios de se defender, mas sua vida em sociedade os proíbe, permitindo, excepcionalmente, em algumas possibilidades.

As justificativas para a guerra vão além do direito natural, perpassam pelo evangelho, e será justa pela história, com a aceitação entre os oponentes e pelo Direito das gentes. Essas premissas evangélicas seriam conselhos e não ordenamentos de proibição de conflitos⁹².

Os conflitos beligerantes, para Grotius, classificam-se como públicos, nas quais os poderes soberanos dos Estados entram em guerra; particulares, as quais se caracterizam por discussões e conflitos entre os súditos, e as mistas que se apresentam como conflitos entre particulares e o Estado. Nesse caso, apresenta-se uma inovação sobre a soberania, que é a possibilidade de contestar o poder soberano⁹³.

Ao se considerar a possível guerra justificada, inclusive nos conflitos entre os súditos, demonstra que o Estado na figura do soberano pode ser esquecido como solucionador único dos problemas, pelo fato de ser aquele que decide tudo, agora passava a existir a justa agressão, sem a intervenção estatal.

Vale ressaltar que Grotius também buscou uma visão aristotélica do bem comum, só que, desta feita, pela regulação do Estado através da soberania. Explica-se que a noção de soberania apresenta-se em dois tipos: como comum, aquela que todo Estado tem, e como propriedade, que se apresenta em diferentes sujeitos de direito, atrelados à organização estatal; essa divisão trará consequências jurídicas, pois a unicidade da soberania no soberano não é plena, e sim mitigada ou compartilhada com outros entes⁹⁴.

Com isso, o Estado se apresenta soberano, como um objetivo comum a todos, de acordo com os costumes de cada nação, e que transpõe as fronteiras, e de igual maneira continua no cenário internacional com sua soberania reconhecida independente do jogo de poder do soberano no ambiente interno, propiciando futuramente o Direito Internacional Público e o Direito Constitucional.

⁹² GROTIUS, op. cit., 2004. p. 40.

⁹³ Ibid., p. 42.

⁹⁴ FERRAJOLI, Luigi. **A soberania no mundo moderno**. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 17-18.

Grotius ainda está amarrado às ideias de que o poder soberano não depende da vontade de outros, e o governante pode mudar a lei quando quiser; isto se dá pelo fato de que ainda ronda em seu pensamento a divindade de Deus como originário do seu poderio. De forma precária e paradoxal, entretanto, Hugo apresenta a razão humana como fonte da soberania em sua teoria, iniciando-se o rompimento com a unicidade plena da soberania na figura do rei⁹⁵.

De igual maneira, passa a existir a possibilidade de transferência da soberania, mesmo que pela teoria de Hugo Grotius ela tenha origem não no povo, pois a plebe se encontra subjugada pelo soberano que pode tudo - inclusive declarar a guerra justa -, o que amplia seu poder sobre o povo⁹⁶.

Grotius também aborda em sua obra, de maneira profunda e com alta complexidade, os elementos caracterizadores da guerra legítima e possível, que se alinham com as ofensas a direitos, movidos não por interesses pessoais, vis ou imorais, mas por um princípio de justiça, e, assim, diferencia-se o Estado de um grupo armado sem legalidade nenhuma, que não pode suplantar a lei, caso contrário o império seria de bandidos e não de homens⁹⁷.

De maneira parecida com Bodin, Grotius apresenta a impossibilidade de existir conflitos internos pelo poder soberano, ou a resistência a ele, mas já define a possibilidade de confronto quando, em situações excepcionais, o soberano viole ou não cumpra suas obrigações próprias de sua soberania.

Tendo como premissa a análise retro, o soberano e o Estado são um só, em tal é possível perceber que a ausência de cumprimento de obrigações pelo monarca, quando se dissocia do Estado, como o fato de entrar em um conflito bélico sem necessidade com outra nação, o que acarreta prejuízos ao povo, já que os recursos financeiros serão desviados para o esforço de guerra.

De forma diversa a guerra se apresenta como justa, não só como um princípio de justiça violando direito de um Estado e de um povo, mas também a injúria

⁹⁵ GROTIUS, Hugo. *Mare Liberum*. Tradução: Ralph Dan Magoffin, Oxford University Press. Toronto Canadá. 2000. p. 35.

⁹⁶ Id.. *O direito da guerra e da paz*. Tradução: Ciro Mioranza. Ijuí: Unijuí, 2004. v. 1, p. 43.

⁹⁷ GOYARD-FABRE, Simone. *Os princípios filosóficos do direito político moderno*. São Paulo: Martins Fontes, 1999. p. 156.

indevida pela iniquidade da parte adversa, pois onde há falta de justiça existe a guerra se inicia⁹⁸.

Há uma grande diferenciação entre guerras preventivas e imediatas, que de certo é o momento da revida, uma antes da agressão e outra depois, mas em ambas se faz necessário que o perigo seja real, e o direito ferido, incluindo ameaças à soberania de uma nação.

O perigo certo e real é aquilo que tem tendência a chegar às vias de fatos e suas ações preventivas devem ser prudentes, e também como ameaças futuras e incertas não podem ser repelidas de imediato, pois ainda existem condições de diálogo para a resolução do conflito, sem o uso da violência e da força para repelir o mal⁹⁹.

A guerra como reflexo da soberania perpassa também pela ideia de propriedade, como aquisição de direitos, visto que a luta pela terra gera os conflitos entre particulares e entre nações.

Nesse caminho, a natureza já é uma propriedade dos seres humanos, cabendo a ele a posse, que decorrerá do desenvolvimento do ser humano de acordo com as escrituras religiosas, que determinará aquilo que pode ser apropriado ou não, valendo lembrar que, na época da obra de Grotius o mundo estava em grande expansão dominadora e colonizadora de outros povos, e sua teoria, mesmo que falha justificaria a atitude de apossamento das colônias.

Os meios aquisitivos de propriedade são desde os mais rudimentares até formas elaboradas de aquisição, como o direito sobre as coisas, ou sobre as pessoas, que vai desde a obediência paterna como filho, ou os contratos de servidão¹⁰⁰.

Ainda amarrado no ideal do soberano supremo, que não pode ser questionado por qualquer motivo, os contratos em Grotius são rudimentares, pois explicam obrigações entre as partes, mas não a igualdade de deveres entre os contratantes, sempre havendo alguém superior ao outro que possa exigir mais de

⁹⁸ GOYARD-FABRE, Simone. **Os princípios filosóficos do direito político moderno**. São Paulo: Martins Fontes, 1999. p. 56.

⁹⁹ GROTIUS, Hugo. **O direito da guerra e da paz**. Tradução: Ciro Mioranza. Ijuí: Unijuí, 2004. v. 1, p. 47.

¹⁰⁰ GROTIUS, Hugo. **O direito da guerra e da paz**. Tradução: Ciro Mioranza. Ijuí: Unijuí, 2004. v. 1. p. 58.

forma desproporcional, todavia com o uso da razão como motivação de realizar acordos entre as partes. Para tanto, havendo o descumprimento do contrato entre as nações, provoca o direito à guerra justa, na qual a fidúcia não fora respeitada nem o Direito Natural do soberano em relação a outro monarca.

O Estado recebe esta função de punir, pois se há entre o particular o direito de punir o outro que quebrou o contrato, o súdito também deverá ser punido se descumprir seus ordenamentos, já que o ente estatal é fonte da soberania, elevando a criação e importância do termo que significa primitivamente a jurisdição do particular até o Estado com sua soberania, ou seja, o *locus* de extensão de seu poder representado na punição aplicada para aquele que descumprir os acordos firmados, ou as ordens emanadas de um soberano.

Para Hugo, as relações internacionais entre os Estados se mantêm pelo que é comum a todos, a lei natural, para depois, de maneira particular - através dos tratados feitos entre as nações - que não pode suprimir, retirar, ou acabar com a jurisdição estatal recíproca advinda das leis divinas.

Por fim, Hugo Grotius apresenta, preliminarmente, a quebra da unicidade do poder do soberano, a possibilidade dos questionamentos de seus atos, caso sejam contrários à razão e ao Direito Natural, e especialmente a ideia de contrato, como forma de possibilitar a punição do outro, quando descumprido. Tudo isso levando a um único objetivo, de que as pessoas não querem guerra, e o caráter de racionalidade e sociabilidade são elementos fundamentais nas relações externas entre as nações, mostrando claramente que sua obra possui uma forte influência de Aristóteles.

É com a ideia de contrato sendo difundida e o Estado sendo fortalecido, que no Século XVII uma grande transformação irá ocorrer: a transferência do poder da soberania do soberano para o povo. Nessa nova era em que a soberania se apresentou como uma formalização contratual de poder iniciada por Grotius, que Thomas Hobbes¹⁰¹ lançou sua Teoria Contratualista de Estado, em sua obra mais conhecida chamada “Leviatã”¹⁰².

¹⁰¹ Thomas Hobbes foi um teórico político e filósofo inglês. Sua obra de maior destaque é *Leviatã*, um tratado político cuja ideia central é a defesa do absolutismo e a elaboração da tese do contrato social. Thomas Hobbes nasceu em Westport, Inglaterra, no dia 5 de abril de 1588. Filho de um clérigo anglicano, vigário de Westport, teve uma infância marcada pelo medo da invasão da

Deve-se ressaltar inicialmente que a obra hobbesiana trata o ser humano em vários níveis de entendimento, sendo influenciado de pronto pela retórica aristotélica, mas que aos poucos deixa de lado o “indivíduo político” para uma forma de “física política individual”, no qual o indivíduo realiza acordos individuais, no encalço de satisfazer seus interesses em benefício próprio, dentro de uma perspectiva baseada na mecânica da natureza, ou seja, do exterior ao invés do interior do ser humano¹⁰³.

O rompimento de Hobbes com o ideal desenvolvido em Aristóteles, de que as pessoas se apresentam em uma natureza social e racional, constrói o fundamento de que o ser humano não quer conviver em sociedade com o outro e com a presença física social de alguém, existe em verdade uma repulsa, que o convívio somente se tornará possível com o Estado e o soberano¹⁰⁴.

Com isso, para explicar e compreender a evolução social à procura da paz e do convívio de todos, Hobbes utilizou o método de Euclides, ou seja, a mecânica moderna, dando a sua obra objetivo, foco, e a cientificidade necessária na resposta do problema: existe a possibilidade da humanidade viver em paz?¹⁰⁵.

O ser humano hobbesiano é movido por puro desejo, sem livre arbítrio, tendo o pensamento na mera aparência, e não na razão, com isso o seu processo de conhecimento não consegue receber a influência de seus atos, já que se baseiam em sensações de poder fazer o que se quer e como quiser, contra tudo e contra todos, sem a preocupação com suas consequências.

Inglaterra pelos espanhóis, na época da rainha Elizabeth I. Inculto e violento, após uma briga com outro clérigo na frente de sua igreja, seu pai abandonou sua esposa e os três filhos, deixando-os sob a tutela de seu irmão. Educado por seu tio, aos quatro anos, Hobbes ingressou na escola da igreja de Westport, em seguida em uma escola particular e, aos 15 anos foi matriculado na *Magdalen Hall* da Universidade de Oxford, onde se formou em 1608. Escreveu a obra *O Cidadão*, de 1642, e *De Corpore de 1655*, e *De Homine*, de 1658. Faleceu em Hardwick Hall, Inglaterra, no dia 4 de dezembro de 1679, com 91 anos, depois de ter escrito, já na velhice, a tradução da *Ilíada* e da *Odisséia* para a língua inglesa. (RIBEIRO, 2004. p. 3.).

¹⁰² Essa obra de Thomas Hobbes foi rechaçada na Inglaterra, sendo inclusive queimada em praça pública. No entanto, na França teve grande aceitação.

¹⁰³ FRATESCHI, Y Adario. **A física da política**: Hobbes contra Aristóteles. Campinas: Unicamp, 2006. p.35.

¹⁰⁴ RIBEIRO, Renato J. **Ao leitor sem medo**: Hobbes escrevendo contra o seu tempo. 2. ed. Belo Horizonte: UFMG, 2004. p. 23.

¹⁰⁵ OSTRENSKI, Eunice. Soberania e representação: Hobbes, parlamentaristas e levellers. **Lua Nova**, São Paulo, n. 80, 2010. pp. 151-179.

É buscando a convivência em harmonia entre os homens, que a obra hobbesiana apresenta como se caracteriza o Estado, com sua formação pela maioria dos homens, aglutinados ou não em multidões ou assembleias, mas com um objetivo em comum, de viver em paz uns com os outros e de serem protegidos das demais pessoas que não formaram o ente estatal¹⁰⁶.

Até então o poder do soberano vinha do divino e do Direito Natural, agora em Hobbes, de maneira adversa, o poder advém do Estado, que, inicialmente, foi criado pelo pacto entre os homens, e então o soberano passou a ter um acordo com seus súditos, que continuam a se sujeitar ao monarca, sendo um poder inalienável e impossível de ser quebrado pelo rei¹⁰⁷.

Isso irá conferir ao soberano o poder absoluto, pois com este pacto com os súditos em um só corpo está presente o povo e o monarca, que formam a soberania de uma nação, propiciando a total sujeição das pessoas a seu governante, sendo que agora o divino é cada vez mais relegado a um segundo plano, e a razão política se apresenta como forma de soberania¹⁰⁸.

Confere-se ao soberano um poder absoluto, inquestionável e intangível, já que os homens transferiram seu poder ao monarca, através do Estado, na busca de viver em paz e de ser protegido.

Em Hobbes, o soberano é o fundamento do Estado e a saída dos homens de uma sociedade insegura de luta de todos contra todos, pois se arvoram de dizer que têm direitos, mas que não têm é nada, nem muito menos as coisas, e por consequência, sem uma lei civil que regule as ações da humanidade não seria possível a consolidação do instituto da propriedade¹⁰⁹.

O soberano, além de aglutinar as competências de um monarca absolutista, nas esferas legislativas, administrativas e de jurisdição, expõe a soberania através do Direito de fazer guerra ou paz com outras nações, mas sempre na perseguição de um ambiente tranquilo para seu povo, sem questionamentos ou autorizações de seus súditos.

¹⁰⁶ HOBBS, Thomas. **Leviatã**. São Paulo: Martin Claret, 2006. p. 108.

¹⁰⁷ *Ibid.*, p. 110.

¹⁰⁸ PICCININI, Mario. Poder comum e representação em Thomas Hobbes. *In*: DUSO, Giuseppe (org.). **O poder**: história da filosofia política moderna. Petrópolis: Vozes, 2005. p. 123.

¹⁰⁹ PICCININI, Mario. Poder comum e representação em Thomas Hobbes. *In*: DUSO, Giuseppe (org.). **O poder**: história da filosofia política moderna. Petrópolis: Vozes, 2005. p. 129.

A justificativa de Hobbes para a criação do Estado pelo pacto dos homens se dá pela simples constatação de que pela força e pela briga de todos contra todos não há sociedade e nunca haverá paz, ou, muito menos, a propriedade e a evolução da humanidade¹¹⁰.

A criação do Estado retira os homens do estado de natureza, e da vulnerabilidade, que todos passam pela insegurança e violência, sendo necessária transferir ao ente estatal a força capaz de repelir a violência contra aqueles que não aceitaram o pacto.

A força do Estado, porém, não se expressa pela forma democrática de seus atos, ela é absolutista e forte para reprimir o retorno do indivíduo ao estado da natureza, pois aqui se quer a tranquilidade e não a liberdade de pensamentos e atos.

O estado de natureza se verifica em três situações, que são determinadas pela história e evolução da sociedade, a primeira que era a primitiva com os povos bárbaros na Antiguidade ou os indígenas nas Américas, que ainda se encontram em uma sociedade natural, anterior à civil, sendo chamada de pré-estatal, sem a figura formal do Estado; na segunda sociedade tem-se a guerra civil, na qual o Estado já existe, mas que faz a passagem para a anarquia, pelo conflito entre nações, chamado também de anti-estatal; e, por fim, a internacional, pautada na relação entre os Estados, que é regulada por um poder comum, sociedade chamada de interestatal¹¹¹.

A compreensão de paz e guerra para a teoria hobbesiana vai além do ato material em si, é algo de dentro para fora da pessoa, em que a tranquilidade propicia a fé no outro, e não o medo e conflito, mas sim uma disposição de querer viver sem precisar recorrer à violência, pois o Estado está aí para isso¹¹².

Não se deve esquecer que os conflitos, como nascedouro das guerras passam pela discórdia humana, que tem três causas: a competição, a glória e a desconfiança, produzindo litígios onde o Estado não atue. Na primeira causa os homens atacam os outros com o objetivo de se apossar dos bens alheios; na segunda motivação o ser humano luta para manter sua reputação perante todos

¹¹⁰ HOBBS, Thomas. **Leviatã**. São Paulo: Martin Claret, 2006. p. 110.

¹¹¹ BOBBIO, Norberto. **Thomas Hobbes**. Rio de Janeiro: Campus, 1991. p. 34.

¹¹² HOBBS, Thomas. **Leviatã**. São Paulo: Martin Claret, 2006.p. 113.

independente das opiniões, desde que seja divergente; e, por último, a desconfiança se alia ao medo de ser atacado pelo outro e, portanto, ataca primeiro¹¹³.

Deve-se compreender que o estado de natureza hobbesiana não é uma mera retórica de uma mente criativa, mas sim uma verdade na qual demonstra que o indivíduo, antes da lei civil, era o animal incontrolável que se entende como dono de seus direitos independente do outro, e o contrato social criador do Estado, apesar de ser teórico consegue realizar a paz social como finalidade de tudo¹¹⁴.

A forma incontrolável do ser humano, dentro do estado de natureza, pauta-se, essencialmente, na natural igualdade entre eles, seja por suas capacidades, espírito e força, e assim, de forma paradoxal, essa equiparação traz a esperança e a possibilidade de que cada ser humano possa atingir sua finalidade e seus objetivos, gerando conflitos e guerra, pois todos são livres e têm direitos iguais sobre todas as coisas a seu redor¹¹⁵.

Com o conflito criado, deve-se visualizar de que forma a pessoa atua em relação ao outro, ou seja, no estado animalesco e brutal, a cegueira na busca de seus objetivos faz com que não se consiga compreender previamente a atitude do outro, sendo mais factível atacar primeiro e vencê-lo e consolidar seu direito de igualdade, divino e natural, generalizando a guerra entre todos¹¹⁶.

Fugindo desta barbárie, Hobbes compreendia que a lei natural se baseava numa construção racional, que modifica a compreensão da imposição de um código de conduta pelo divino, mas sim a compreensão da razão que move todos e todas a entender o que é melhor para todos e para ele próprio, e, nesse ponto, o Estado é o criador das leis advindas para aconselhar o ser humano para sua própria sobrevivência fora do estado de natureza:

A lei civil é para todo súdito, constituída por aquelas regras que o Estado lhe impõe, oralmente ou por escrito, ou por outro sinal suficiente de sua vontade, para usar como critério de distinção entre o bem e o mal; isto é, do que é contrário ou não é contrário à regra¹¹⁷.

¹¹³ Ibid., p. 123.

¹¹⁴ PICCININI, Mario. Poder comum e representação em Thomas Hobbes. *In*: DUSO, Giuseppe (org.). **O poder**: história da filosofia política moderna. Petrópolis: Vozes, 2005. p. 123.

¹¹⁵ BOBBIO, Norberto. **Thomas Hobbes**. Rio de Janeiro: Campus, 1991. p. 36.

¹¹⁶ RIBEIRO, Renato J. **Ao leitor sem medo**: Hobbes escrevendo contra o seu tempo. 2. ed. Belo Horizonte: UFMG, 2004. p. 27.

¹¹⁷ HOBBS, Thomas. **Leviatã**. São Paulo: Martin Claret, 2006. p. 125.

A diferença do que é direito e lei, em Hobbes, apresenta-se como liberdade de agir *versus* a limitação do agir, e o direito natural determina apenas a sua habilidade como pessoa e sua força de impor a vontade contra o outro, fazendo um corte profundo do entendimento do que é meu e seu perante a sociedade.

A proibição, segundo a lei natural, tem por base não poder fazer aquilo que autodestrói a vida, e somente pode-se fazer o que sempre contribui para a preservação da pessoa, e, nesse caminho, observa-se que o natural é racional, e não animal.

Ao ser humano cabe se esforçar na procura da paz, na esperança de conseguir a tranquilidade almejada como essência da vida, mas que, uma vez sendo impossível, pode usar a ferramenta da guerra e realizar seu objetivo, no qual está a lei fundante da natureza para Hobbes¹¹⁸.

Caso contrário, ao ficarem todos e todas no estado da natureza se autodestruiriam e não evoluiriam para a sociedade civil como bem asseverou:

O que, no estado de natureza, não ocorre, por uma razão fundamental: se alguém viola uma dessas regras, não há ninguém bastante forte para obrigá-lo a observá-la. Disso resulta que o único caminho para tornar eficazes as leis naturais, ou seja, para fazer com que os homens atuem segundo a razão e não segundo a paixão, é a instituição de um poder tão irresistível que torne desvantajosa a ação contrária. Esse poder irresistível é o Estado. Portanto, para obter o bem supremo da paz, é preciso sair do estado de natureza e constituir a sociedade civil¹¹⁹.

Conforme o exposto acima, o Estado Civil tem como base a soberania hobbesiana, que está ligada ao absolutismo do poder do soberano, fundada na ideia de que a concordância das pessoas em renunciarem ao seu direito natural na busca da paz e de sua própria proteção, seja em relação ao outro é uma via de mão dupla que deve ser respeitada, e, uma vez corrompida, o soberano pelo Estado irá proteger a todos com força e coerção, sendo esta a segunda lei da natureza¹²⁰.

Nesse entendimento, a soberania implica o respeito aos pactos entre os homens e entre o soberano e seu povo, como forma de evitar a revolta, que não é natural e sim prejudicial ao legítimo poder do soberano, retroagindo para a balbúrdia e ao estado da natureza.

¹¹⁸ Ibid., p. 127.

¹¹⁹ BOBBIO, Norberto. **Thomas Hobbes**. Rio de Janeiro: Campus, 1991. p. 40

¹²⁰ HOBBS, Thomas. **Leviatã**. São Paulo: Martin Claret, 2006, p. 123.

Atos simples como a gratidão, a piedade, a humildade, a misericórdia são normas e regras do direito natural, mas que se confundem com uma filosofia moral, eterna e imutável, e se consolida a tão sonhada tranquilidade na vida humana¹²¹.

A importância do sentido sociológico da lei, em Hobbes, define a necessidade do estabelecimento do poder do qual emanará a lei civil, que mitigará a liberdade dos indivíduos no estado da natureza, o que difere do positivismo jurídico, em sua teoria do direito, no qual a lei surge com o Estado, visto que não pode falar de justo ou injusto e sim da força de imprimir a outro sua vontade a qualquer custo sempre pelo conflito¹²².

A soberania é absoluta, ilimitada, inalienável, mas, acima de tudo, deve ser forte, e isso acontece com a criação de uma instância de legalidade, na qual os indivíduos renunciam a seus direitos naturais ao monarca soberano, no lugar do vazio normativo do estado da natureza, no qual tudo se podia, e, com isso, a ordem é criada, sem que seja possível desfazê-la.

O soberano, que representa os acordantes do pacto, possui poderes sem limite, sempre procurará a paz e a defesa do bem comum, e esse poder não sofre restrição, questionamento, pois, sem sua força e coerção, o retorno ao estado de natureza é certo.

De forma a manter a tranquilidade contra o estado de natureza, o soberano deve ser forte, e conseguir reprimir os instintos egoístas dos homens em sua liberdade plena e individual; para tanto, se faz necessário que tenha uma autoridade forte, que se encontra no tirano, que tenha a mão da espada sempre disposta a controlar as ameaças, e evitar o retorno à anarquia¹²³.

Todos os outros, que possam deter poder podem sofrer limitações e restrições de seus atos pelo Estado, ou seja, os súditos, que, ao mesmo tempo, para alcançar a tranquilidade concedeu, pelo contrato social, poder supremo ao soberano (Estado), portanto representante das vontades e desejos de todos.

Há de se ressaltar que na teoria hobbesiana a violência, a opressão, o poder e a violência mudam de mãos, ou seja, no estado de natureza era individual e permitido a todos sem restrição, e com o Estado Civil, apenas o Estado possui essa

¹²¹ Ibid., p. 130.

¹²² Ibid., p. 132-135.

¹²³ BOBBIO, Norberto. **Thomas Hobbes**. Rio de Janeiro: Campus, 1991. p. 43

prerrogativa, o que demonstra que a paz se conquista apenas por vias distintas, mas sempre com o conflito.

As decisões de poder baseadas na soberania se aprimoram desde Bodin, e, em Hobbes, fixam-se limites decisórios do soberano, a não quebra do contrato com súditos e a ideia de um único corpo político soberano/súdito, e que mais à frente, no Tratado de Vestfália, será efetivamente delineado na seara internacional, com o princípio da autonomia, e que Kant irá modificar sua ordem, com base na razão e na humanidade.

A legitimidade da soberania outorgada pelo Direito Natural ao soberano, que vem da racionalidade humana, pauta-se na existência ou não de conselhos ao monarca, que pode ou não aceitar ou criar assembleias consultivas, mas nunca contestar a decisão suprema, salvo se esta for prejudicial ao pacto firmado entre o rei e seus súditos no respeito ao bem comum.

A monarquia hereditária, na teoria de soberania hobbesiana, apresenta-se como a forma perfeita de governo, no qual o interesse público está mais próximo ao interesse pessoal do monarca, e a sua sucessão é inconteste, independente se filho ou filha, desde que o poder supremo seja respeitado¹²⁴.

Isto se dá, pois, o poder dos súditos acaba quando da outorga no contrato social para que ele, o soberano, busque a paz e não se tenha o retrocesso à bagunça e à violência sem contenção do estado de natureza, e possa existir uma infinitude e perenidade do estado civil, pela sucessão hereditária do monarca, pois ele e o Estado são um só. Há de se considerar que as diferenças entre Bodin e Hobbes apresentam-se como críticas necessárias para a evolução do conceito de soberania, já que o primeiro teoriza a ideia de soberania arreigada em uma ordem metafísica do cosmos, ou seja, criando um ideal perfeito com base no direito divino; já o segundo, com finalidade de se desvincular de Deus, nega os horizontes cosmopolíticos do mundo e da política, mesmo acreditando no divino, mas se funda no racionalismo universal de um ponto de partida comum e não plural¹²⁵.

Por fim, Hobbes quebra paradigmas e rompe as fontes da determinação intocável do direito divino dos reis, e localiza a soberania no povo, que cede ao

¹²⁴ HOBBS, Thomas. **Leviatã**. São Paulo: Martin Claret, São Paulo, 2006, p. 123.

¹²⁵ GOYARD-FABRE, Simone. **Os princípios filosóficos do direito político moderno**. São Paulo: Martins Fontes, 1999. p. 160.

monarca, através de um pacto, para a criação do Estado, mas, acima de tudo, sua teoria se alicerça no ideal da observação racionalista do ser humano perante as leis naturais, fluindo para uma evolução que chegará a um poder supremo do povo. Nesse caminho surgiu a teoria da soberania popular defendida por Jean Jacques Rousseau¹²⁶, que parte da vontade geral e comum dos indivíduos, ou seja, em cada um deles existe uma parcela de soberania, quebrando o ideal divino de Bodin e a lei natural de Hobbes.

Com Rousseau, a soberania vem de dentro para fora, do ser racional para o Estado, usando o mecanismo do contrato social, e esse ente deve protegê-los e principalmente conceder igualdade de direitos, e, mesmo assim, permaneceriam livres como antes do pacto, mas com limitações de suas ações com os outros¹²⁷.

Tanto que uma vez criado o poder no soberano através de um corpo político, diferente de Hobbes, esse poderio ainda continua com o povo, apenas indicando alguém para administrar os interesses públicos e administrativos, e, para isso, todos devem estar sujeitos à lei, através do pacto social, e que o direito de legislar não é mais do monarca, e sim comum a todos¹²⁸.

O processo legislativo passou a utilizar a burocracia como forma de impedir mudanças de legislação sem objetivo, ou por simples pretensão do soberano; assim,

¹²⁶ Jean-Jacques Rousseau nasceu em Genebra, Suíça, no dia 28 de junho de 1712. Filho de um relojoeiro calvinista ficou órfão de mãe logo ao nascer. Em 1722 ficou órfão de pai, que não se preocupou com a educação do filho. Foi educado por um pastor protestante. Em 1724, com 12 anos, iniciou seus estudos. Nessa época, já escrevia comédias e sermões. Passou a levar uma vida errante e, na tentativa de se afirmar numa profissão, foi relojoeiro, aprendiz de pastor e gravador. Em 1728, com 16 anos, Jean-Jacques Rousseau foi para Savóia, na Itália. Sem meios para se manter, procurou uma instituição católica e manifestou o desejo de se converter. De volta a Genebra, conheceu Madame de Vercelli, uma dama ilustre que passou a cuidar de sua manutenção. Com a morte dela, resolveu percorrer a Suíça em busca de aventuras. Entre 1732 e 1740, viveu na França, quando se envolveu com Madame de Warens, em Cambéry, época em que conquistou, como autodidata, grande parte de sua instrução. Em 1742, foi para Paris, onde conheceu uma nova protetora que o indicou para secretário do Embaixador da França, em Veneza. Observando as falhas do Governo de Veneza, passou a se dedicar ao estudo e à compreensão da política. Foi um filósofo social, teórico político e escritor suíço. Foi considerado um dos principais filósofos do Iluminismo e um precursor do Romantismo. Suas ideias influenciaram a Revolução Francesa. Em sua obra mais importante, *O Contrato Social*, desenvolveu sua concepção de que a soberania reside no povo. Faleceu em Ermenonville, França, no dia 2 de julho de 1778. (ROUSSEAU, 1993. p. 4).

¹²⁷ ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Do contrato social**. Tradução: Lourdes Santos Machado. 20. ed. São Paulo: Abril Cultural, 1993. p. 38.

¹²⁸ GOYARD-FABRE, Simone. **Os princípios filosóficos do direito político moderno**. São Paulo: Martins Fontes, 1999. p. 161.

a lei torna-se algo fundamental para o exercício da soberania pelo povo, que se torna o detentor eterno desse poder.

A soberania passou a ser exercida pela vontade comum do povo, e apresenta-se inalienável, indivisível, sem limitações, e a figura do soberano nada mais é do que um ser coletivo das vontades de todos, bem como se verificam de maneira igual atributos absolutistas apresentados anteriormente por Bodin e Hobbes, mas esse poder naquele momento era infalível, certo e verdadeiro¹²⁹.

O contrato social originário é condição de existência precípua do soberano, e do poder do povo em conceder a ele o poder, sendo inderrogável esse ato primário, intransferível, ou seja, imutável.

A teoria da soberania popular dá ao povo a titularidade do poder, que se mantém até depois da constituição do soberano, agora amarrado a cada parcela de soberania de cada cidadão, formando o poder soberano, e este deve ser sempre contido na vontade coletiva, obedecendo ao convencionado pelo povo, e não mais apenas os mandamentos do monarca, e caso ele não obedeça a esse objetivo, o corpo político o constrangerá ao ponto de não mais ser o governante, voltando a ser livre em sua vontade como qualquer outra pessoa¹³⁰.

Verifica-se na teoria de Rousseau, que o povo não pode ser um mero espectador como nas peças teatrais, e sim um verdadeiro atuante político para a consolidação de seu poder soberano, que se apresenta de forma cristalina através das comemorações cívicas, pois estas são verdadeiras na formação da atuação política do povo, e não a alienação mental de opinião em uma moderna concepção da forma de condução e manipulação do popular como a usada em Roma, o pão e o circo.

A opinião pública é formada pelos costumes bons ou ruins, e isso é o caldo social para o surgimento das leis, que se apresentam, por vezes como lei, ou seja, a lei nem sempre é formal, de modo que a expressão sociológica popular sobre seus atos também tem força de regra.

¹²⁹ JAUME, Lucien. Rousseau e a questão da soberania. *In*: DUSO, Giuseppe (org.) **O poder**: história da filosofia política moderna. Petrópolis: Vozes, 2005. p. 178.

¹³⁰ ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Do contrato social**. Tradução: Lourdes Santos Machado. 20. ed. São Paulo: Abril Cultural, 1993. p. 40.

A liberdade coletiva do povo deve ser buscada, mas somente é concretizada, quando, sob o manto da opinião pública, for aceita como consequência da saída do ser humano do estado natural das coisas, na qual a liberdade individual reina sem controles e a violência apresenta-se como solução factível, e, portanto, a paz social nunca não será conquistada.

Com isso, Rousseau compreendeu que somente pela liberdade coletiva existiria a paz, e que viver em sociedade é resultado lógico da aproximação dos homens pela necessidade individual, e sua dependência do outro para ser feliz é inevitável, tudo sob o olhar da opinião pública, que limitará a liberdade individual para que não haja o caos¹³¹.

De maneira paradoxal, a mesma opinião pública pode encontrar-se viciada, por costumes indesejáveis, mas caberá ao legislador à obrigação primaz criar leis que denunciem os problemas e os corrija pela coerção da norma, procurando o que é melhor para o povo, mantendo os bons costumes e recebendo da sociedade os novos e bons costumes. Dessa maneira, o legislador consegue uma sociedade justa com a apropriação devida da opinião pública e seus bons costumes e, por conseguinte, afasta a corrupção que destrói a comunidade, e que traz ineficácia a legislação.

O Direito Público, como alicerce para a criação das leis, por si só não consegue compreender as aspirações do povo, sendo necessário ir à opinião pública como forma de quebrar o paradigma da universalidade para compreender as peculiaridades de uma sociedade, refletida em seu instrumento cognitivo mais realista, que é a sua opinião¹³².

Nesse trilhar o legislador incumbe-se do momento de criação do Estado, como ente dotado de poder soberano, transferido pelo povo para manter a paz e consolidar as liberdades coletivas, mas que deve estar atento para que as leis se encaixem perfeitamente com os anseios populares sob pena de fracasso estatal¹³³.

¹³¹ ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Do contrato social**. Tradução: Lourdes Santos Machado. 20. ed. São Paulo: Abril Cultural, 1993. p. 42.

¹³² NASCIMENTO, Milton Meira do. O contrato Social – entre a escala e o programa. **Revista Discurso**, n. 17, São Paulo: Discurso editorial. 1999. p. 122.

¹³³ ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Do contrato social**. Tradução: Lourdes Santos Machado. 20. ed. São Paulo: Abril Cultural. 1993. p. 47.

De muito remonta a ideia de Dworkin sobre os *standars* da sociedade na formação de princípios basilares para a compreensão e aplicação da lei, ou seja, o modelo de cada lei para cada Estado está inexoravelmente interligado a opiniões públicas, que promovem princípios e que formam uma sociedade mais condizente com o Estado que foi criado, tendendo ao maior sucesso social na busca pela paz e não como fonte motivadora de conflito¹³⁴.

Ao Estado caberá, depois de criado, a consolidação dos costumes e que dificilmente poderão ser alterados, pois a participação de todos os membros da sociedade expressando sua vontade geral, que é a soberania, garante a legitimidade da lei, apesar de o elemento democrático, ainda excipiente, eliminar a liberdade individual como causadora de conflitos originados da complexidade humana.

Noutra frente, o Estado será responsável também pela aplicação da lei, que deve ser entendida como vontade geral de um povo, mas, também, a opinião pública será uma importante ferramenta de verificação dos bons costumes sociais, como fonte emanadora da liberdade coletiva, e da manutenção da paz social, além da lei.

A opinião pública, porém, erra, pois julga fatos, já a vontade geral não tem erros, vez que não há julgamento e sim uma determinação soberana; no entanto, tal entendimento, apresenta-se como forma de melhoramento dos costumes sociais, refletindo na sociedade seu caráter formador de liberdades¹³⁵.

Na sociedade, vive-se um mundo de aparência, no qual o olhar do outro define a conduta do ser humano, mas esconde quem realmente é o indivíduo, e este ser desconhecido deve despertar em todos aquilo que os coloca à margem da sociedade, o diferente, que precisa ser reconhecido, e que possui vontades limitadas pelo véu da opinião pública.

Nessa passagem, demonstra-se que a opinião pública exclui o diferente, ou seja, os imigrantes, que também merecem respeito, mas sob a alegação da soberania são relegados ao desconhecido do manto da opinião pública, que julga de forma errada o que não conhece, mas a vontade geral é irrefutável, e, assim, a humanidade em si deve prevalecer no outro diferente.

¹³⁴ DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. Tradução: Jefferson Ruiz Camargo. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2014. p. 234.

¹³⁵ ROUSSEAU, op. cit., 1993, p. 59.

A soberania popular é exercida pelo povo e não pelos poderes supremos dos governantes, de forma que esse poder se desloca para o povo, sendo apenas os monarcas meros comissários dele.

O ser humano nunca se colocará fora da sociedade, que se regula por uma opinião pública, por vezes incorreta, mas, com a vontade popular, existe a retroalimentação do poder soberano dos governantes através de uma ponte de ligação pela linguagem, bem como perseguindo a ética e o interesse coletivo pelo monarca, que deve agir sempre para o bem comum, pois este é o sustentáculo de seu poder¹³⁶.

A vontade geral do povo dá fundamento ao governante e ao Estado de legislar juridicamente pelo bem coletivo, e diretamente limitar a liberdade individual em prol da liberdade coletiva, devendo entender que essa vontade nada mais é que uma unanimidade convergente, que gera bons costumes na sociedade e, assim, um sistema circular virtuoso, com finalidade da busca pela paz no horizonte próximo ou distante.

Com preocupações acerca da liberdade e da vontade pessoal, que Rousseau formula o contrato social, como medida de adequação e escolha a cada peculiaridade de cada povo, daquilo que governa melhor, e que promove o bem coletivo, e qual Estado deve ser criado, excluindo, desde sua época, entes estatais que subscrevem a escravidão como algo normal, e, na verdade, é inaceitável a vontade de poucos contra a vontade de muitos, e que a vontade geral está sempre encoberta e aprisionada em cada ser humano por interesses individuais inaceitáveis, mas que sempre vencerá em favor do coletivo¹³⁷.

Por fim, Jean Jacques Rousseau traz a soberania, o conceito de poder do povo, desloca-se definitivamente do divino como fonte precípua desse poder, que se dá mediante o contrato social, e a formação primordial do Estado, para cada sociedade é completada sociologicamente como fonte da lei, seu poder pelos costumes, e que a opinião pública pode ser podre e errada, mas a vontade geral sempre prevalecerá, pois está dentro de cada pessoa, pela racionalidade e

¹³⁶ ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Do contrato social**. Tradução: Lourdes Santos Machado. 20. ed. São Paulo: Abril Cultural. 1993, p. 50.

¹³⁷ Ibid., p. 67

necessidade de viver em sociedade, de ter a liberdade individual limitada em favor de liberdade coletiva para o bem comum, a paz social¹³⁸.

Rousseau influencia Kant na medida em que a soberania popular também está presente, na obra kantiana, mas que vê a razão como forma de condução do poder soberano, ou seja, o ser humano sai da influência do direito natural para o racional, e diferente de Jean, Immanuel pretende elevar o indivíduo comum como um Estado em si, sendo respeitado dentro ou fora das fronteiras, não necessitando, obrigatoriamente, de um governante para exercer seu direito com cidadão do mundo na seara internacional.

Depois da discussão teórica do titular da soberania, urge a problemática dos limites do poder, encaixando-se aqui o território e a nação, e, nesse ponto, começaram a surgir limitações de imigrações pelo mundo, bem como apenas os Estados são detentores da representatividade da soberania na seara internacional, esquecendo-se do verdadeiro detentor originário, que é o ser humano.

Vê-se claramente que a soberania, como fator determinante dos domínios de uma nação e de um Estado, é elemento necessário em sua constituição inicial, mas que não pode ser utilizada como fundamento limitador do Direito de migrar, deve-se compreendê-la como laço de ligação entre pessoas que compõem uma sociedade humana, plural e, acima de tudo, cosmopolita, pois cada vez mais as diferenças diminuem e a aceitação do outro se torna permanente neste planeta Terra.

Infelizmente na seara de Direito Público, a teoria realista do Direito Internacional obscureceu a importância de todos os elementos fundantes de uma sociedade plural e não universal, e suas influências no ideal de soberania, e que, a partir de Kant, houve quebra desse paradigma, com sua ideia de Federação de Nações, como forma de buscar a paz, e, conseqüentemente, permitir a circulação livre das pessoas pelo mundo, através da releitura deste ideal de soberania solitária até então existente.

¹³⁸ GOYARD-FABRE, Simone. Os princípios filosóficos do direito político moderno. São Paulo: Martins Fontes, 1999. p. 171.

2.1.2 A Quebra Inicial do Paradigma Vestfaliano pela Federação Kantiana de Nações: Uma Ressignificação Necessária da Visão Soberana dos Estados

Torna-se importante, no momento, iniciar a ressignificar a visão soberana dos Estados, com Kant, e suas federações de nações e começar a reconstrução desse instituto tão importante e limitador do direito de migrar: a soberania estatal.

Na contínua procura pela igualdade entre os Estados, como forma de consolidação da paz, tem-se a federação kantiana de nações, na qual o menor dos países pudesse sentir segurança em relação ao maior, baseado na confiança mútua e no poder unificado de decisões políticas baseadas em uma lei que limite suas liberdades irrestritas¹³⁹.

Deve-se compreender que a reunião dos Estados republicanos em uma Federação procurando paz e, por conseguinte, na liberdade plena de seus cidadãos, perpassa pela compreensão de que tais entes devem ser entendidos, não como Estados regidos pela natureza, e sim aquele em que o Direito é fundante, levando a saída de um estado da natureza para um estado civil¹⁴⁰.

A mudança para um estado civil pressupõe que deva ocorrer em todos os níveis, desde a relação do ser humano com o seu igual, até entre os Estados, com base em estruturas jurídicas institucionais criadas pelo Direito Público, culminando na formação de uma constituição, que determinará os elementos fundantes a um povo ou uma multiplicidade de gentes, e propicia a evolução humana¹⁴¹.

A concretização de um Estado cosmopolita universal pauta-se na necessidade da importância de um todo, da reunião de Estados, baseada numa federação, sem a desconfiança que motiva a guerra, mas que as capacidades humanas possam ser plenamente usufruídas por todos, indiferentes de sua nacionalidade¹⁴². O Direito Público avistado por Kant, em sua época, compreende: o

¹³⁹ KANT, Immanuel. **Ideia de uma história universal de um ponto de vista cosmopolita**. Tradução: Rodrigo Naves. 3. ed. São Paulo, 2011. p. 26.

¹⁴⁰ NOUR, Soraya. **A paz perpétua de Kant**: filosofia do direito internacional e das relações internacionais. São Paulo: Martins Fontes, 2004. p. 30.

¹⁴¹ Ibid., p. 13.

¹⁴² KANT, Immanuel. **A paz perpétua**. Um projeto filosófico. Tradução: Artur Morão. Textos práticos da Filosofia. Direção da Coleção: José Rosa & Artur Morão. Título original: A Paz Perpétua. Um

Direito do Estado, o Direito das Gentes e o Direito Cosmopolita, juntos de maneira indissociável, ou seja, cada um depende do outro para existir, sob pena de não obter base filosófica e jurídica para implementar um contrato social perfeito com a inclusão de todos os elementos da sociedade mundial.¹⁴³

A indissociabilidade entre os direitos definidos por Kant demonstra a importância da sua ligação sistêmica, como forma de compreensão e troca de valores de uma igualdade efetiva e plena, não somente entre os Estados, mas também colocando o ser humano em igual patamar com esses entes dentro de uma visão cosmopolita de mundo¹⁴⁴.

Nesse caminho, até então, havia o entendimento de que o contrato social era a base da formação de um único Estado, e não de uma pluralidade de Estados se relacionando entre si de forma universal, sob o manto de um ambiente cosmopolítico, no qual o ser humano passa a se firmar também como detentor de direitos em condição de igualdade com todos. Para tanto, se faz necessário compreender o conceito de Direito das Gentes, formulado por Kant, dentro de uma perspectiva afirmativa da necessidade de uma federação de Estados, como forma de manter a paz continuamente entre os povos.

O Direito das Gentes de Kant trata da relação do povo com um Estado, de um Estado com outro Estado, e os indivíduos de um Estado com os indivíduos de outro Estado. Esse direito, entretanto, passa somente a regular a relação entre os estados, ou seja, de forma interestatal, pois no cenário internacional não há espaço para haver outras relações, especialmente entre os séculos XV e XVI¹⁴⁵.

O Direito das Gentes possui diversos elementos que devem ser analisados:

- a) as relações existentes entre os Estados não são jurídicas;
- b) na contínua situação de estado de guerra, mesmo que não exista o conflito, há o direito do mais forte sobre o mais fraco;

Projecto Filosófico (1795). Universidade da Beira Interior Covilhã, 2008. p. 31. *E-book*. Disponível em: http://www.lusosofia.net/textos/kant_immanuel_paz_perpetua.pdf. Acesso em 03 set. 2020.

¹⁴³ NOUR, Soraya. **À paz perpétua de Kant**: filosofia do direito internacional e das relações internacionais. São Paulo: Martins Fontes, 2004, p. 15.

¹⁴⁴ LUHMANN, Niklas. **La sociedad de La sociedad**. Traducción de Javier Torres Nafarrate. México: 2007. p.100.

¹⁴⁵ NOUR, op. cit., p. 16.

c) seria necessária uma união de povos, através de uma aliança, com base no contrato originário, desta feita constituindo uma federação de povos e não um Estado; e

d) nessa aliança não existirá um poder soberano, mas uma associação por federação de Estados, que pode ser desfeita a qualquer momento¹⁴⁶.

Com a necessidade de conseguir a paz perpétua, Kant inova ao reinterpretar a saída tanto do indivíduo quanto do Estado da situação do estado de natureza, pois tanto um como o outro devem se submeter a leis coercivas, pois não há exclusão de um em relação ao outro, mas de uma complementaridade necessária para a plenitude de todos em um viés cosmopolita de igualdade¹⁴⁷.

Percebe-se que a federação kantiana se baseava na ideia de que a associação seria mais de povos do que de Estados, pois a união não poderia acontecer de forma arbitrária e sim consensual, e que pudesse ser dissolvida a qualquer momento, tanto que a forma republicana se torna mais atraente, com a sua proximidade aos meios democráticos para a concretização federalista.

A ideia federalista amoldada no Direito das Gentes se funda na aceitação do pluralismo político e jurídico da ordem mundial, não compreende a necessidade premente de convergência de fins políticos, mas sim a mais íntima intenção do ser humano de se reunir, até a compreensão dos Estados e governos de pertencimento a um mundo sem barreiras, de forma global.

Deve-se compreender que Kant trouxe uma quebra de paradigma, com relação, até então, do entendimento da Paz de Vestfália, na qual os *players* eram apenas os Estados no jogo político internacional, e somente eles poderiam manter o mundo sem conflitos, não existindo espaço para um pluralismo político e jurídico de vários entes participativos na seara mundial.

O Tratado de Vestfália trouxe, em 1648, mais de cem anos antes da paz kantiana, o fim da Guerra dos Trinta Anos, que existia entre o Imperador Habsburgo do Sacro Império Romano-Germânico e as cidades-estados calvinistas e luteranas

¹⁴⁶ NOUR, Soraya. **À paz perpétua de Kant**: filosofia do direito internacional e das relações internacionais. São Paulo: Martins Fontes, 2004, p. 13.

¹⁴⁷ CAVALLAR, Georg. A sistemática da parte jusfilosófica do projeto kantiano à paz perpétua. In: ROHDEN, Valério (ed.). **Kant e a instituição da paz**. Porto Alegre: UFRGS/Goethe - Institut/ICBA, 1997.

ao norte da Alemanha, que se opunham ao seu controle e, indiretamente, às forças papais.

No Direito Internacional, Vestfália se apresenta como marco inicial e fundante das relações internacionais contemporâneas, pois os princípios da autonomia e da territorialidade são aplicados com base no ideal de soberania estatal. Seus fundamentos focam na permissão da construção de uma sociedade internacional, com normas mutuamente acordadas, nas quais existe a definição das autoridades e de suas prerrogativas, sendo o Estado o detentor do poder, que se pratica pela soberania¹⁴⁸.

De igual forma, Vestfália imprimia uma nova era, baseada na razão do Estado, no lugar das emoções advindas do direito divino e papal, criando um sistema internacional de Estados, que se aceitavam reciprocamente através da soberania e da tolerância, sem influência de conflitos religiosos fundados na fé¹⁴⁹.

A compreensão de que o Estado seria apenas a autoridade legitimada para consolidar a soberania, se deu pelo fato de as interferências externas advindas do Imperador, como também as ordenações papais, que mitigavam o poder das cidades autônomas calvinistas e luteranas, fazendo com que se esqueça de como diversos atores constroem a autonomia soberana e se todos eles realmente representam a sociedade o que, de pronto, levou Kant a olhar de dentro para fora, na legitimação originária deste poder: o ser humano.

O mito vestfaliano legalista, que até hoje se apresenta como forma de solução de conflitos entre Estados, não passou da mera manutenção de poder, pois perseguem um universal construído sobre uma verdade, que tem como objetivo a preservação de mecanismos tradicionais, e não visualizam interpretações e atores globais diversos do estatal¹⁵⁰.

A busca por soluções fáceis e rápidas fez surgir na sociedade a projeção o mito da lei e da norma como resposta para tudo, cujo início ocorre no século XVII,

¹⁴⁸ PHILPOTT, Daniel. Westphalia, authority, and international society. **Political Studies**, v. XLVII, n. 3, p. 566-589, 1999.

¹⁴⁹ CARNEIRO, Henrique. Guerra dos trinta anos. In: MAGNOLI, Demétrio (org.) **História das guerras**. São Paulo: Contexto, 2006. p. 189-195.

¹⁵⁰ WALKER, R. B. J. The doubled outsides of the Modern International. INTERNATIONAL CONFERENCE ON DIVERSITY IN ORGANIZATIONS, COMMUNITIES AND NATIONS, 5th. 2005. Beijing China. **Revista Ephemera**, vol. 6, n. 1, pp. 56-69. 2005, p. 31. Disponível em: <https://revista.ufr.br/examapaku/article/download/2404/1386>. Acesso em 01 dez. 2021.

em que o Direito e lei se integravam, e quando a norma legal buscava atender os valores da justiça, equidade, com base em um universal excludente. Dessa forma, o processo de mitificação da lei se baseia na ausência de conexão específica com a sociedade, e exerce nela uma dominação, imperatividade, despertando uma retroalimentação da mitologia positiva¹⁵¹.

A soberania como pano de fundo no Tratado de Vestfália não foi modificada, alterada, ou muito menos imposta, visto que as cidades-estados luteranas e calvinistas ao Norte da Alemanha continuaram com sua autonomia, sem intervenção do Imperador, sendo assim, ocorreu apenas a legitimação da não intervenção em áreas que deveriam ser comandadas pelo Estado. De igual forma, a tolerância entre os Estados, no dito Tratado, nada mais é do que equilíbrio de poder, e não na aceitação e reconhecimento verdadeiro de um mundo com diversidade, pluralidade de culturas.

Considerando o acima exposto, verifica-se que a soberania não é o único instrumento capaz de realizar acordos de paz, já que atores autônomos continuaram a coexistir com os estados sem sua intervenção, mostrando claramente que Vestfália conduz a um ideal cooperativo de interpretação e interação entre as partes na seara internacional.

Dentro do Sacro Império a coexistência com as cidades-estados levou à construção de uma entidade coletiva tão forte, que sustentou um código de legitimidade estrutural e procedimental, no qual o comportamento social robustece a sua autonomia, não necessitando de uma dominação hegemônica imposta pela soberania, abrindo caminhos para aceitação das multifaces de uma sociedade plural¹⁵².

Para manter o poder do soberano e ditar a fé dentro de seu país, *Vestfália* manteve e até segmentou a Europa em lados opostos, católicos e protestantes, propiciando a exclusão do diferentes, e a imposição estatal do universal, o que impede de construir a efetiva soberania, na qual deve ser alicerçada por todas as partes de uma sociedade.

¹⁵¹ BARRETO, Vicente de Paulo. **O fetiche dos direitos humanos e outros temas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p.14.

¹⁵² OSIANDER, A. Sovereignty, international relations, and the westphalian myth. **International Organization**, v. 55, n. 2, 2001. p. 280-287.

Como consequência dessa segmentação, passaram a existir complicações práticas da homogeneização cultural e a construção uniforme de unidades políticas do Estado, jogando para dentro de seu território a “problemática” da diversidade, retroalimentando a violência contra as minorias diferentes do padrão estipulado, que não coadunam com a fé nacional de um único povo, mas sim de vários plurais sociais¹⁵³.

A sociedade internacional baseada no ideal Vestfaliano apresenta-se com Estados soberanos de forma solitária, que não aceitam nenhuma autoridade superior, e quando da existência de conflitos não há um terceiro que possa mediar à situação, apenas os próprios entes estatais de forma individual, que se incluem em um Direito Internacional de regras mínimas de coexistência, possibilitando campo fértil para que o mais forte se sobreponha ao mais fraco e sempre terá o conflito resolvido pela guerra, apesar de existir uma igualdade formal¹⁵⁴.

Por consequência, o discurso da soberania trazido ao Direito Internacional pelo Tratado de Vestfália dá motivo à criação de fronteiras erguidas como forma de exclusão, pautadas na ideia de que somente com a autonomia dos Estados e seu território é possível manter a paz, porém cria o discurso do “eu *versus* o outro”, sem gerar uma empatia necessária para aceitação do diferente.

Desse modo, a concepção da fronteira territorial deve mudar e partir do discurso de preservação ética da diversidade na seara internacional sustentada por mecanismos capazes de criarem um espaço intersubjetivo entre o nacional e internacional influenciando na construção do entendimento com o outro, através de um compartilhamento de valores pela interação social¹⁵⁵.

Fica claro que a artificialidade criada pela fronteira soberana produz um mundo inverídico de coisas, totalmente diferente do ambiente natural advindo das relações humanas, nas quais criam uma futilidade da vida mortal, em que, em tese,

¹⁵³ BLANEY, David L.; INAYATULLAH, Neem. The westphalian deferral. **International Studies Review**, v.2, n. 2, 2000. p. 35-65.

¹⁵⁴ HELD, David. **La democracia y el orden global**: del Estado moderno al gobierno cosmopolita. Barcelona: Paidós Ibérica, 1997. p.35.

¹⁵⁵ WILLIAMS, J. **The ethics of territorial borders**: drawing lines in the shifting sand. Houndmills, Basingstoke, Hampshire; Nova York: Palgrave Macmillan, 2006. p. 45.

as pessoas são iguais, mas não se apresentam em sua verdadeira realidade e concepção social, instaurando a indiferença¹⁵⁶.

A soberania, nos moldes de Vestfália, pautada pelo Estado solitário, sem uma interligação com as demais nações de forma mais inclusiva, começou a ter seus dogmas quebrados com a federação kantiana, porém para uma maior efetividade faz-se necessário compreender a solidariedade como princípio essencial entre os povos, como alicerce do poder soberano.

A solidariedade em níveis de soberania começa com o reconhecimento mútuo do indivíduo para com os outros e em si mesmo como integrante daquela comunidade para construir uma defesa da pluralidade humana, acabando de vez com a desconfiança e com o estado de natureza em Hobbes, em seu “Leviatã”¹⁵⁷.

O reconhecimento do outro pode ocorrer de três formas, pelo direito, pelo amor e pela solidariedade, que, quando desrespeitados dentro do aspecto da família, da sociedade e do Estado, provocam conflitos sociais, que consequentemente criam sentimento de injustiça e a indiferença¹⁵⁸.

Verifica-se que, com o desrespeito pelos modos de reconhecer o outro, provoca, de forma micro e macro, conflitos e desacordos, que desconectam o ser humano da humanidade, e toda aquela sociedade é refletida em um Estado, que tem sua soberania assentada na ausência completa de solidariedade, e sim em uma individualidade estatal perversa e pronta para a guerra e para a exclusão do diferente.

De forma contrária ao se reconhecer todos os elementos que compõem a intersubjetividade de uma sociedade torna-se possível uma visualização de todos os componentes de grupos sociais, tendo como lente de clareamento a solidariedade, que descortina os preconceitos e alcança uma sociedade mais justa.

Há de se ressaltar que a solidariedade como forma de reconhecimento dos componentes da sociedade e, *a posteriori* como princípio basilar do Estado de Direito, tem sua origem em idos do século XIX, tendo como norte a caridade, o que

¹⁵⁶ ARENDT, Hannah. **A condição humana**. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2005. p. 35.

¹⁵⁷ RICOUER, Paul. **Percursos do reconhecimento**. Tradução: Nicolás Nyimi Campanário. São Paulo: Loyola, 2006. p. 207.

¹⁵⁸ HONNETH, Axel. **Luta por reconhecimento**: a gramática moral dos conflitos sociais. Trad. Luiz Repa. São Paulo: 2009. p.38

foi impulsionada pela Revolução Industrial, e a primeira e mais feroz fase do capitalismo, em que direitos sociais eram poucos ou inexistentes¹⁵⁹.

De igual maneira esses primórdios de solidariedade tinham um condão mais utilitarista do que racional, pois pretendia apaziguar os excessos do individual frente ao coletivo e ao difuso, mas sem trazer à tona as influências religiosas de outrora, e não em uma perspectiva de justiça social e cidadania, que se tornará base do Estado de Direito.

A solidariedade, portanto, deve se diferenciar da caridade, do assistencialismo, ou seja, da ideia e da forma de conseguir em troca favores, poder e dominação sobre o outro, mas sim construir um princípio que consolide a humanidade e toda a sua condição humana em um Direito Social gerando a obrigação do Estado em ser solidário e igualitário, tendo como finalidade “[...] instituir no centro de uma coletividade humana um pote comum, no qual cada um deve depositar de acordo com suas capacidades e, depois, esvaziar, de acordo com suas necessidades”¹⁶⁰.

De igual forma, a elevação da caridade dentro dos Estados, com a utilização da seguridade social, não se apresenta mais como forma de evitar a globalização e a mercantilização da dignidade do ser humano, deve haver uma ligação entre os círculos de solidariedade para além do campo nacional¹⁶¹.

As compreensões de solidariedade possuem grande importância, pois, além de modificar a sociedade do ponto de vista de aceitação do diferente, permite ir além da soberania, e integrar aos quadros das políticas públicas de cada nação mecanismos capazes de contribuir cada vez mais para a integração dos povos.

Para que a solidariedade se firma em uma sociedade, e rompa a barreira da soberania para além de suas fronteiras na relação com outros Estados, se faz necessária uma consciência do que seja a solidariedade no seio da comunidade, tendo como forma inicial a ideia coletiva e depois a individual.

¹⁵⁹ FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. Notas sobre contribuições sociais e solidariedade no contexto do estado democrático de direito. In: GRECO, M. A.; GODOI, M. S. (Coord.). **Solidariedade social e tributação**. São Paulo: Dialética, 2007. p. 45.

¹⁶⁰ SUPIOT, Alain. **O espírito da Filadélfia**: a justiça social diante do mercado total. Tradução: Tânia do Valle Tschiedel. Porto Alegre: Sulina, 2016. p.150.

¹⁶¹ Ibid., p. 151.

É na consciência coletiva de solidariedade, que a sociedade pode superar sua forma de soberania solitária, rompendo limites sociológicos de diferenciação, pois, cada vez mais extensiva dentro da comunidade, mais coesa e forte ela será, já que o indivíduo, por sua natureza, é um ser social que interage e pratica atos, e são eles que permitem uma soberania solidária¹⁶².

Há de se considerar que a globalização traz ao ideal de soberania solidária mais uma dificuldade em sua compreensão, pois acirrou, de forma mais forte, a exploração do trabalho, a coisificação do ser humano, e, acima de tudo, a visão da sociedade mundial sob o foco de números e não mais de seres humanos, que sofrem com as mazelas de um sistema perverso, que reduz seu salário, cria riscos ambientais, e provoca cada vez mais desigualdades, impulsionando os deslocamentos mundiais de pessoas na busca de melhor condição de vida.

A resposta a essa problemática ocorre com a ampliação desse princípio de solidariedade como mecanismo de controle dos efeitos negativos da globalização, reforçando o já existente sistema de proteção e Direitos Humanos com a sua inclusão de reconhecimento no campo internacional, não sendo mais de eficácia interna de proteção de uma sociedade, mas de toda humanidade, não havendo mais fronteira em sua aplicação¹⁶³. Ressalte-se o fato de que a solidariedade consegue manter as pessoas ligadas por um laço social pelas formas de sociabilidade em um mundo cada vez mais interligado, mas que ajuda humanidade a repensar a globalização para além do econômico.

As noções ativas e passivas da solidariedade, baseando-se na ideia de credor e devedor, advindo do direito civil consegue dar a compreensão necessária de interligação entre as pessoas e entre Estados, por um laço de obrigação que elevará a soberania a um novo patamar, através das relações institucionais de igualdade entre os componentes do globo¹⁶⁴.

A institucionalidade da solidariedade, entretanto, traz para os Estados as virtudes e defeitos em sua expansão. Como virtude tem-se a libertação dos indivíduos com seus vínculos pessoais e a ampliação de suas relações sociais, já o

¹⁶² DURKHEIM, Emile. **As regras do método sociológico**. São Paulo: Martins Fontes, 2008. p. 46.

¹⁶³ SUPIOT, Alain. **Homo juridicus**: ensaio sobre a função antropológica do Direito. Tradução: Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2007, p. 36.

¹⁶⁴ *Ibid.*, p. 45.

defeito se apresenta pela aclamação da individualidade contra o fortalecimento do coletivo.

A compreensão da solidariedade como forma de alicerçar a soberania do Estado, traduz-se na evolução da interpretação dos Direitos Humanos, especialmente o direito de migrar, pois as barreiras de uma soberania solitária não serão mais utilizadas sob o pretexto da manutenção da identidade de um povo, já que as relações sociais não são mais reconhecidas dentro de uma única nação, mas em todo o globo.

Todo o sistema de soberania estatal, seja ela solidária ou baseada na igualdade de Estados em uma federação, como inicialmente definida por Kant, necessita que sua compreensão deva ser robustecida por uma democracia para além das fronteiras, pois assim traz o fio condutor para a livre circulação de pessoas, já que se vive uma intensa globalização mundial.

As relações entre a democracia e a os Estados na seara internacional, tendo como base o fundamento realista de soberania, não é mais incontroversa e sim ambígua, pois elementos novos surgem a cada dia, e somente com uma ordem mundial democrática poderia realizar uma complementação dos déficits democráticos nos países, e consolidar uma nova soberania com base na democracia cosmopolita¹⁶⁵, a qual é um projeto de construção de uma ordem mundial com a capacidade de promoção da democracia para além das fronteiras e da soberania solitária, e que ocorre em diferentes patamares, dentro dos Estados, entre os Estados e a nível global¹⁶⁶.

Um dos objetivos primordiais da democracia cosmopolita é a paz, que será alicerçado não somente pela veia interna democrática de cada país, mas sim em nível internacional, desde que não seja pelo viés da guerra e do conflito, pois não permitiria o verdadeiro processo democrático: aceitação do dissenso e no diálogo interno de cada nação. Devido a isso o sistema internacional seria construído na base da cooperação e do diálogo entre os países, proporcionando condições

¹⁶⁵ ARCHIBUGI, Daniele; HELD, David; KOHLER, Martin. **Re-imaginando a comunidade política: estudos sobre a democracia cosmopolita**. Londres: Polity Press. 1998. p. 34.

¹⁶⁶ ARCHIBUGI, Daniele; HELD, David. **Cosmopolitan Democracy: Paths and Agents. Bottom-Up Politics**. Palgrave Macmillan, a division of Macmillan Publishers Limited 2011. Disponível em: https://link.springer.com/chapter/10.1057/9780230357075_2. Acesso em: 24 jan. 2023. p.36.

fundamentais para gerar uma reflexão inclusive em países não democráticos para mudarem seus regimes autoritários¹⁶⁷.

Assim, não deve haver níveis hierárquicos entre Estados em nível de governança internacional, ou seja, deve existir um conjunto de relações funcionais e complementares entre eles, inseridos em valores democráticos, nos quais não se oferece a fórmula perfeita, mas se apresenta a maneira adequada de aglutinar, sob o mesmo caminho, maneiras diferentes de governança propiciando o crescimento do respeito às diferenças.

Como consequência, a concepção tradicional de soberania solitária é rompida e alterada profundamente, pois possibilita que os Estados preservem suas soberanias em relação às outras nações, mas se torna mitigada a partir da transferência de funções para organizações intergovernamentais, pois temas que detêm interesses que extrapolam as fronteiras nacionais não podem ser analisados e aprovados somente no espectro democrático interno daquela comunidade política nacional¹⁶⁸.

Da mesma maneira, assuntos relevantes internamente de países de determinada região devem ser tratados regionalmente, assuntos de cunho global, por toda a comunidade mundial, sempre tendo organizações governamentais pautadas em princípios democráticos e com livre participação das pessoas afetadas por esta ou aquela situação discutida¹⁶⁹.

Por óbvio, a democracia cosmopolita não defende um governo global único, pois seria um paradoxo contra a sua essência, que é o dissenso e não o consenso unísono, que pode levar ao sistema totalitário. Destarte, as alianças seriam voluntárias entre os Estados, dentro de um sistema intergovernamental, sendo atribuído a todos o poder coercivo de maneira igual, e que todos passariam pelo crivo do controle jurídico¹⁷⁰.

¹⁶⁷ Ibid.

¹⁶⁸ ARCHIBUGI, Daniele; HELD, David. *Cosmopolitan Democracy: Paths and Agents*. **Bottom-Up Politics**. Palgrave Macmillan, a division of Macmillan Publishers Limited 2011. Disponível em: https://link.springer.com/chapter/10.1057/9780230357075_2. Acesso em: 24 jan. 2023.

¹⁶⁹ Ressalta-se que neste trabalho será apresentado o processo integrativo europeu após a Segunda Guerra Mundial, como forma de comprovar a mitigação do ideal restrito e duro da soberania nos moldes de Vestfália, frente à necessidade de ajuda mútua entre os países, chegando até o Direito Comunitário e assim permitir a livre circulação de pessoas na Europa, ou seja, o direito de migrar.

¹⁷⁰ ARCHIBUGI, Daniele. Principles of Cosmopolitan Democracy. In: ARCHIBUGI, Daniele; HELD, David & KOH LE ARENDT, H. **A condição humana**. R, Martin. (ed.). Re-imagining

Deve-se ressignificar a soberania não mais como um conceito fechado e oriundo apenas do Estado, pois o mundo agora é global, diverso e plural, não havendo mais espaço para restrição do direito de migrar, sob a alegação da defesa do nacional, visto que a democracia, a solidariedade e a razão kantiana fortalecem a verdadeira união pacífica e harmônica dos povos, dentro de um ideal cosmopolita de vida.

2.1.3 Do Processo de Integração Europeu ao Direito Comunitário: uma União para Fortalecimento da Solidariedade

A soberania estatal nos moldes de Vestfália sofre um grande viés, quase trezentos anos depois, no período entre e depois das duas Grandes Guerras mundiais no início do século XX, especialmente a Europa que se encontrava devastada e sem condição nenhuma de propiciar aos nacionais ou não nacionais a mínima dignidade humana.

Naquela época, a ligação entre a política e a guerra era imensa, devido, principalmente, ao envolvimento mundial de vários países nos dois eventos, especialmente no continente europeu.

Passados os horrores dos conflitos, e na busca da reestruturação de seus países, que os Estados europeus procuraram, cada vez mais, uma cooperação entre eles, já que a necessidade era tamanha e as ferramentas de consolidação de políticas públicas escassas.

Como bem demonstrado, que o Estado não consegue solucionar todos os problemas, e que o objetivo principal do processo integrativo e de suas teorias é o bem comum, como explicitado a seguir:

As teorias da cooperação e integração internacional propõem-se a explicar o comportamento num contexto descentralizado em que os Estados enfrentam problemas que exigem soluções que ultrapassam o próprio Estado. Isto inclui setores funcionais específicos como a

política comercial, para a qual se acredita existir a necessidade de promover comportamentos cooperativos¹⁷¹.

Deve-se ressaltar que a cooperação dos Estados, principalmente na Europa, iniciou uma nova situação, que até então não havia se firmado, que era a coexistência pacífica entre as nações perseguindo interesses comuns, ao lado de interesses específicos.

Ainda se considerava, que o estreitamento das relações entre os Estados. do ponto de vista tradicional vestfaliano, ajudaria a solucionar alguns problemas comuns, criando um espaço de colaboração mútuo, em que os países poderiam buscar benefícios compartilhados¹⁷². De igual maneira, os Estados necessitam de segurança jurídica no momento em que abdicam interesses internos, para agir em conjunto com outras nações, havendo a necessidade de recompensas mútuas¹⁷³.

Dessa maneira, de forma tímida e inicial, na Europa o processo de integração era simples, mas, com o passar dos anos, e a intensa relação entre os Estados, as nações europeias se encontram hoje em um patamar de máxima intergovernamentalidade política, ou seja, estão politicamente unidas pelo parlamento europeu.

Atualmente, a integração europeia chegou a reunir os Estados, em tal nível de cooperação, que se encontram sendo submissos a uma mesma jurisdição supranacional. Para a compreensão desse processo é necessário a análise das teorias clássicas como a funcionalista e neofuncionalista e as atuais como a realista, do intergovernamentalismo, e da governança supranacional, e, por fim, o direito comunitário para visualizar a integração dos países da Europa frente à soberania estatal e sua dimensão de poder.

A Teoria Funcionalista tem grande importância no estudo do processo de integração dos Estados europeus, pois lança as bases teóricas necessárias e iniciais para uma evolução política do poder estatal dentro da busca de unificação de interesses. Essa teoria tem seu início no meio dos anos de 1930, baseando-se em

¹⁷¹ DOUGHERTY, James E; PFALTZGRAFF JR., Robert L. **Relações internacionais** – As teorias em confronto. Um estudo detalhado. Lisboa: Gradiva, 2003. p. 535-539.

¹⁷² BARBÉ, Esther. **Relaciones internacionales**. 2. ed. Madrid: Editorial Tecnos, 2003. p. 216-220.

¹⁷³ DOUGHERTY, , James E; PFALTZGRAFF JR., Robert L. **Relações internacionais** – As teorias em confronto. Um estudo detalhado. Lisboa: Gradiva, 2003. p. 535-539. .

uma tradição liberalista, com a diminuição das obrigações dos Estados, através da defesa para criação de sistemas de órgãos internacionais funcionais, que receberiam determinados poderes das nações para gerirem pelas agências a serem construídas em comum acordo¹⁷⁴.

Para Mittrany, o pilar fundante da Teoria Funcionalista é a afirmativa de que a forma seguia a função, ou seja, os Estados arreigados na territorialidade advinda do ideal de soberania de Vestfália não conseguiriam resolver seus problemas econômicos e sociais, ou muito menos alcançar a paz com as outras nações em suas relações internacionais, sendo necessária uma cooperação mediante uma agência internacional, para solucionar de forma técnica e funcional estes problemas¹⁷⁵.

Dessa maneira as organizações internacionais se firmariam não no território, mas na função, o que demonstra o cultivo do embrião do federalismo kantiano, no qual a associação civil dos Estados era mais importante do que a União formal, ou seja, a finalidade de ajuda mútua desses países europeus alavancou o ideal de cooperação e a manutenção da paz. Vale ressaltar que o funcionalismo tinha como ponto crucial os aspectos econômicos no processo de integração, e não aspectos políticos e sociais.

Na Teoria Funcionalista, abriu-se uma subdivisão, chamada de ramificação, na qual se fundava a ideia de desenvolvimento integrativo de setor a setor entre os Estados, ou seja, existindo o sucesso em determinada área, passaria para outra e, sucessivamente, até que existisse a integração total entre as nações¹⁷⁶.

Nesse sentido, a solidificação do processo de integração seria de passo a passo, para que o sistema econômico pudesse alavancar diversos setores dos Estados cooperantes, e assim, criar uma relação sistêmica contínua entre as partes, para a manutenção do todo.

Demonstra-se que pelo fato de tal teoria ter sido formulada no período entre guerras mundiais, havia uma forte crítica à soberania, pois sua valorização em

¹⁷⁴ MITRANY, David. **A working for peace system**: An argument for the functional development of international organizations. Londres: RIIA, 1943. p. 65-68.

¹⁷⁵ ROSAMOND, Ben. **Theories of european integration**. London: Macmillan, 2000. p. 36-38.

¹⁷⁶ DOUGHERTY, James E.; PFALTZGRAFF JR., Robert L. **Relações internacionais – As teorias em confronto**. Um estudo detalhado. Lisboa: Gradiva, 2003. p. 642- 643.

excesso produziu conflitos, que mataram mais de seis milhões de judeus, numa clara e forte afirmativa de soberania na Alemanha nazista.

Devido ao acima exposto, a doutrina funcionalista se funda na busca pela paz universal, o que denota a veia kantiana, dentro de uma união europeia expandindo-se em nível mundial, através de uma reunião pacífica do mundo, que mitigaria a soberania, com a cooperação econômica e social, transpassando as fronteiras nacionais, eliminando a guerra e mitigando as diferenças.

Pela primeira vez, verifica-se que devido a esse diploma doutrinário, a soberania seria restrita e não absoluta, com a finalidade de buscar a cooperação econômica e social, que traria as partes estatais benefícios mútuo, e principalmente ocasionaria o fenômeno da supranacionalidade, fazendo com que o processo de integração evoluísse cada vez mais, ao que se vê hoje com a União Europeia¹⁷⁷.

Nesse caminho, como bem afirmou Stelzer: “Antes tida como um dogma uno e absoluto, a soberania tornou-se divisível e mecanismos da força de uma nova era, viabilizando aos Estados nacionais a transferência de parcelas de soberania em prol do ente comunitário”¹⁷⁸.

A importância da Teoria Funcionalista para a criação da Comunidade Europeia traz um aprimoramento para além de termos cooperativos entre as nações, indo para outro nível, o supranacionalismo, com a criação de uma Federação Europeia de nações, na qual as soberanias nacionais e interesses individuais dos Estados participantes não seriam a base da sua reestruturação após a I Guerra Mundial, e sim um interesse comum, que solidificaria a união desses países¹⁷⁹.

Inicialmente poder-se-ia compreender que o federalismo se colocaria como uma teoria para a confirmação da integração na Europa, no entanto, não conseguiria aglutinar uma compreensão técnica estrutural, que pudesse ser aplicada, mas sim como uma estratégia política, que, no final, buscaria a paz além do continente europeu, com uma federação mundial de Estados¹⁸⁰.

¹⁷⁷ NYE JR, Joseph S. **Compreender os conflitos internacionais**: uma introdução à teoria e à História. Lisboa: Grávida, 2002. p. 252.

¹⁷⁸ STELZER, Joana. **União Europeia e supranacionalidade**: desafio ou realidade. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2004. p. 34.

¹⁷⁹ MONNET, Jean. **Memórias**: a construção da unidade europeia. Tradução: Ana Maria Falcão. Brasília: UnB, 1986. p. 67-78.

¹⁸⁰ OLIVEIRA, Odete Maria de. **União Europeia**: processos de integração e mutação. Curitiba: Juruá, 1999, p. 45.

Dentro desta dogmática, inicialmente era necessária a pacificação das nações especialmente as grandes potências europeias, França e Alemanha, que possuíam um histórico beligerante desde o século XIX.

De forma lastimável, após o término da I Grande Guerra, o Tratado de Versailles colocou novamente a desconfiança e a soberania como foco no armistício, que penalizou a Alemanha de tal monta, que inviabilizou a realização de uma paz duradoura, tanto que se deu o estopim da II Guerra Mundial, como retaliação destes termos, nascendo lamentavelmente o nazi-fascismo de Hitler, que culminou na morte de milhões de judeus, ciganos, homossexuais, deficientes físicos, todos que ficavam fora de uma universalidade germânica defendida pelo Estado soberano,

Somente em 1951, com o Tratado de Paris, baseado nas relações em eixo entre França e Alemanha, e com estruturas supranacionais contidas no bem econômico comum, como a produção de carvão e aço, que se pôs fim às questões territoriais e de soberania, como Sarre, Ruhr, propiciando o começo da possibilidade da paz de forma duradoura¹⁸¹.

A intensidade da integração europeia, tendo como mola propulsora a necessidade da reconstrução social e econômica, tornou possível a mitigação da soberania nacional, no que concerne à produção do carvão e do aço, sob a égide de uma autoridade comum, através do *Plano Schuman*¹⁸², precursor da criação da Comunidade Europeia de Carvão e Aço.

O Plano Schuman visava a uma integração de função, de forma mediata, de setor por setor, dentro de cada especificidade, e, de forma inédita, existia uma delegação espontânea de soberania dos Estados envolvidos no processo, inicialmente no setor do carvão e aço, em prol de instituição comum e independente¹⁸³.

O órgão criado não era simples, mas sim uma Alta Autoridade, acima dos Estados-membros, com independência, com estrutura supranacional, com poder

¹⁸¹ PATRÍCIO, Raquel. As relações em eixo – novo paradigma da teoria das relações internacionais? **Revista Brasileira de Política Internacional**, [s. l.] v. 49, nº 2. p. 5-20. 2006.

¹⁸² Robert Schuman foi Ministro dos Negócios Estrangeiros da França nos anos 1950. Influenciado por Monnet, colocou em prática a Teoria Funcionalista, dando sinais do início da Federação Europeia e da paz duradoura no pós-guerra, tendo como norte inicial Kant e sua Paz Perpétua. (STELZER, 2004. p. 4).

¹⁸³ CUNHA, Paulo de Pitta. **Direito europeu: instituições e políticas da União**. Coimbra: Livraria Almedina, 2006. p. 35-38.

próprio de controle e regulação no mercado de carvão e aço, tendo por base de decisão uma Assembleia, como palco de discussões a serem solucionadas fora do jogo da soberania¹⁸⁴.

A Comunidade do Carvão e do Aço foi a primeira experiência europeia de integração funcional, pautado em processos de setorização e funcionalidade definida na Teoria Funcionalista. Devido ao ideal universalista e pragmático da Teoria Funcionalista, esta se mostrou ineficaz, mesmo com a criação das Comunidades Europeias iniciais, como a comunidade do carvão, pois as idiossincrasias não tinham sua importância analisada, gerando ruídos de retorno a uma soberania solitária, carecendo de uma melhor articulação entre o nacional e supranacional, o que leva ao surgimento da corrente neofuncionalista.

Além do fato de que a persistência da não politização das atividades econômicas envolvidas leva indubitavelmente a sua crítica mais feroz, já que todas as áreas dentro ou fora de uma nação ou setores específicos possuem seu condão político, o que por si só não pode ser relevado a um segundo plano, sob pena de não conseguir atingir o objetivo da integração pela supranacionalidade entre os Estados membros.

Nesse ínterim, surgiu a Teoria Neofuncionalista, desenvolvida por Ernest Hass, que tem como base as aplicações práticas da Teoria Funcionalista, procurando cada vez mais evoluir no processo de integração.

Diferente da anterior, a nova teoria funda-se, inicialmente, na transferência de soberania das estruturas nacionais, para sistemas internacionais centrais comuns, perseguindo uma eficácia na integração política pelo viés inicial da contribuição prática da integração econômica, ou seja, uma supranacionalidade mais bem elaborada, com autoridade comum rotativa pelos pares participantes¹⁸⁵.

Há de se ressaltar, que nesta inovação teórica existe o avanço também no aspecto político, como base de sustentação ao inicial econômico na troca de benefícios mútuos aos participantes deste processo de integração.

O neofuncionalismo busca a federação de nações como finalidade última, as quais devem iniciar o processo por setores e áreas específicas, como a econômica,

¹⁸⁴ Ibid., p.43.

¹⁸⁵ SCHWOK, René. **Théories de l'intégration européenne**. Paris: Montchrestien, 2005. p. 38-41.

para depois - de maneira natural - para área política, pelas pressões funcionais daqueles primeiros setores¹⁸⁶.

A expansão para outros setores, que impulsiona a integração e seus processos, tem como base a pequena teoria funcionalista denominada ramificação, com a lógica de transbordamento *spillover*¹⁸⁷ na área política e econômica, ia se intensificando de tal forma, que o sistema inteiro receberia reflexos dessas práticas, pois estas se dariam por pressões de cunho técnico, e pelo viés da interdependência destes setores de cada país¹⁸⁸.

A lógica de *spillover* traz como consequência positiva ao processo de integração na Europa a criação dos institutos supranacionais, que têm como objetivo precípuo a característica de expansão para todos os setores de cada Estado-membro, e, indiretamente influências nos Estados não membros, pois passariam a aceitar essas regras integrativas para realizarem negócios naquele continente¹⁸⁹.

No que tange às soberanias estatais, deve-se aviltar que essa teoria traz a novidade do deslocamento do *locus decismum*¹⁹⁰, base e alicerce do poder estatal, para uma centralização nas instituições supranacionais, o que facilita a desconstrução gradativa e constante do mito da soberania plena.

Esse processo integrativo com base inicial em setores específicos de cada país, com característica de expansão em todos os Estados-membros, porém, não tinha a certeza do sucesso, pois era um processo frágil com avanços e retrocessos, o que traz também para o fundamento da Teoria Neofuncionalista o foco no desenvolvimento do processo integrativo, do que a fase final da integração europeia¹⁹¹.

Tendo por base o retro exposto, percebe-se que a supranacionalidade, por meio das instituições, como o Parlamento Europeu, o Conselho da União Europeia, a Comissão Europeia, o Conselho Europeu, o Banco Central Europeu, o Tribunal de

¹⁸⁶ CUNHA, Paulo de Pitta. **Integração europeia**: estudos de economia, política e direitos comunitários. Lisboa: Imprensa Nacional- Casa da Moeda, 1993. p. 36.

¹⁸⁷ É uma técnica jurídica do processo interativo europeu.

¹⁸⁸ HAAS. Enerst B. **Beyond the nation-state**: functionalism and international organization. Inglaterra: Ecp Press, p. 245- 300, 2008.

¹⁸⁹ CAMISÃO, Isabel; LOBO-FERNANDES, Luís. **Construir a Europa** – O processo de integração entre a teoria e a história. Cascais: Principia, 2005. p.63.

¹⁹⁰ Do latim: lugar em que se tomou a decisão.

¹⁹¹ MALTEZ, José Adelino. **Curso de relações internacionais**. Cascais: Principia. 2002. p. 35-47.

Justiça da União Europeia e o Tribunal de Contas Europeu são condições *sine qua non* para o processo de integração internacional, através da transferência da expectativa política nacional para o supranacional, mas com uma fé necessária para que se obedecem às regras além da soberania, e, com isso, mais à frente chegar a uma convergência de decisões em um nível comunitário mais amplo e consolidado¹⁹².

A Teoria Neofuncionalista foi de suma importância na integração da União Europeia, e no que ela é hoje, pois a solidez da sua supranacionalidade tornou-se responsável pelo Direito Comunitário, que se consolida em um ambiente democrático capaz de imprimir constrangimentos aos Estados nacionais para a solução de conflitos internos, com base nas determinações supranacionais, o que eleva ainda mais o patamar de integração europeia¹⁹³.

O processo integrativo na Europa inicia-se com setores da economia e, gradualmente, ao longo dos anos, ramifica-se nas áreas política e social.

Noutro giro, um dos problemas enfrentados dentro do processo integrativo foi a política do Presidente francês Charles de Gaulle, chamada de cadeira vazia, que impedia a França de entrar em acordo integrativo no que tange à agricultura, demonstrando que ainda existiam arroubos de uma forte soberania estatal, prejudicando a União Europeia, como também o mesmo país impediu por diversas vezes a entrada da Inglaterra no Mercado Comum Europeu, o que só ocorreu em 1973.

Nesse ponto, passa-se a compreender que somente a Teoria Neofuncionalista, com o aspecto da supranacionalidade não seria suficiente para um completo processo integração, sendo necessários também elementos intergovernamentais, como forma de consolidação desse processo, surgindo a Teoria Intergovernamentalista¹⁹⁴.

Como bem lecionou Stelzer sobre esse problema no processo integrativo pela Teoria Neofuncionalista:

¹⁹² PINTO, Maria do Céu. Contributos das teorias das RI para o estudo das organizações internacionais e da integração regional. **Relações Internacionais**, nº 16. Lisboa. 2007. p. 75-100.

¹⁹³ SCHMITTER, Philippe C. **A Experiência da integração europeia e seu potencial para a integração regional**. São Paulo: Lua Nova. Vol. 80, 2010. p. 10.

¹⁹⁴ SANDE, Paulo de Almeida. **O sistema político da União Europeia** (entre Hesperus e Phosphorus). Cascais: Principia. 2000. p. 35-37.

[...] a instituição de uma Alta Autoridade, para gerenciar essa nova organização, totalmente independente dos governos nacionais, viria a abalar o tradicional esquema das relações diplomáticas clássicas e exigiria de seus integrantes o abandono das negociações intergovernamentais para se submeter ao comando supranacional¹⁹⁵.

O intergovernamentalismo defende, nas origens da Teoria Realista das relações internacionais, uma visão centrada no Estado como base inicial para a finalidade e interesses na seara internacional, tendo por óbvio a soberania como alicerce de suas decisões no campo externo¹⁹⁶.

Assim, os Estados, no âmbito internacional, só podem se relacionar com outros Estados, sem a figura da supranacionalidade e da autoridade comum, mas que já demonstrou culminar em conflitos armados como nas duas guerras mundiais.

Em contrapartida a Teoria Realista defende que o Mercado Comum Europeu nada mais seria do que uma entidade internacional, já que os Estados sempre entrariam em conflitos dos interesses internos *versus* externos, gerando confrontos.

Para os intergovernamentalistas, a integração europeia só aconteceu porque os Estados conseguiram aglutinar seus interesses em comum no campo externo e ao mesmo tempo, internamente, defenderem sua autonomia como nação¹⁹⁷.

O intergovernamentalismo, todavia, compreende a importância da supranacionalidade, não baseada na mitigação da soberania, como na Teoria Funcionalista e na Neofuncionalista, mas sim em acordos intergovernamentais fixados¹⁹⁸.

A Teoria Realista não quer o esvaziamento da soberania, e por consequência a futura inexistência do Estado, mas sim uma adequação entre os interesses internos e externos de cada país, dentro de uma arena internacional e não

¹⁹⁵ STELZER, Joana. **União Europeia e supranacionalidade**: desafio ou realidade. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2004. p. 32.

¹⁹⁶ FERNANDES, Antônio José. **Relações internacionais**: factos, teorias e organizações. Lisboa: Presença, 1991. p. 47.

¹⁹⁷ SANDE, Paulo de Almeida. **O sistema político da União Europeia** (entre Hesperus e Phosphorus). Cascais: Principia. 2000, p. 41.

¹⁹⁸ RAMOS, Cláudia; MAIOR, Paulo Vila. Perspectivas teóricas sobre a integração europeia. **Relações internacionais**. Lisboa: n. 16, 2007. p. 101-126.

supranacional, com a autoridade advinda do Estado, passando a serem meras organizações interestaduais¹⁹⁹.

Com o caminhar do processo integrativo na União Europeia, verifica-se que as teorias apresentadas se contrapõem, seja pela supranacionalidade, pela função, ou até o retorno à soberania emanada pelo Estado, na forma de manutenção dos interesses internos.

Dentro da unificação profunda na Europa, existe uma coexistência benéfica, tanto da supranacionalidade, do interesse comunitário e do nacional.

Há de se ressaltar que o intergovernamentalismo e o supranacional se aglutinam em um jogo de interesses, nos quais de um lado estariam as políticas nacionais internas, e de outro uma perspectiva transnacional, com alguma ligação ao plano doméstico²⁰⁰.

Não havendo mais que se falar de processos integrativos na Europa, já que o avanço foi substancial, passou-se a questionar a governança como forma de administrar esses avanços, e como o bloco europeu manteria tal integração, surgindo, assim, pelas insuficiências das teorias apresentadas e suas contraposições, a compreensão de que a União Europeia seria uma comunidade política de multinível²⁰¹.

Nessas perspectivas, a referida Comunidade, com o método de governação mudava o nascedouro "natural" das decisões políticas, que seria o Estado, para instituições supranacionais, interligadas de forma dependente aos níveis nacionais, supranacionais e subnacionais, havendo uma sobreposição de competências em vários níveis de governança, de forma plural e interativa, através de uma cooperação necessária para alcançar os benefícios mútuos²⁰².

Finalmente, os Estados perceberam que, pelo processo integrativo iniciado no pós II Guerra Mundial, não poderia mais haver um isolamento soberano, sob pena de não existir crescimento econômico, social e humano, porém, a importância estatal

¹⁹⁹ CAMPOS, João Mota de. **Manual de direito comunitário**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002. p.35-42.

²⁰⁰ SANDE, Paulo de Almeida. **O sistema político da União Europeia** (entre Hesperus e Phosphorus). Cascais: Principia. 2000, p. 42.

²⁰¹ CHAVALLIER, Jacques. A governança e o direito. **Revista de Direito Público da Economia**, Belo Horizonte, Fórum, nº 2, p. 130-140, 2005.

²⁰² FERNANDES, Antônio José. **Relações internacionais: factos, teorias e organizações**. Lisboa: Presença, 1991. p. 57.

ainda permanece no âmbito interno como forma de ser mecanismo receptor de benefícios plurilaterais desta integração.

Com a governança na Europa, em multinível, urge a necessidade de compreender as oposições entre o intergovernamentalismo e a supranacionalidade, devido à complexidade atual da Europa, dentro do processo de integração, através da Teoria da Governança Supranacional²⁰³.

Na Teoria retro citada, o processo de integração se fixa em dois polos contrários, mas necessários entre si, que seria o intergovernamentalismo e a supranacionalidade, dentro de uma perspectiva flexível, na qual esse processo seria dinâmico e volúvel, de acordo com o momento político nacional de cada membro da comunidade europeia²⁰⁴.

Mediante a dinamicidade exposta, a Teoria da Governança Supranacional agrega o que há de melhor ou pior da Teoria Neofuncionalista, seja pela necessidade de instituições supranacionais na busca de defesa dos interesses comuns, como também compreender que, dentro da evolução do processo de integração, às vezes o Estado e os interesses nacionais são necessários para fortalecer a União, com base no intergovernamentalismo.

O intergovernamentalismo aceita somente elementos da supranacionalidade, como uma exceção em momentos estáticos do processo de integração, mas que leva o reordenamento das instituições supranacionais, e a adequação a seus objetivos ao que interessa aos países membros.

Com isso, a Teoria da Governança Supranacional difere do intergovernamentalismo, pois entende os eventos de forma dinâmica, possibilitando o fortalecimento da supranacionalidade, pela análise mais completa do fenômeno, de forma sistêmica, sendo a dinamicidade oriunda do processo integrativo europeu desde o início²⁰⁵. Tanto que a União Europeia e suas instituições utilizam de forma integrativa e complementar o intergovernamentalismo e neonacionalismo, característica da Governança Supranacional.

²⁰³ CUNHA, Paulo de Pitta. **Direito europeu: instituições e políticas da União**. Coimbra: Livraria Almedina, 2006. p. 78.

²⁰⁴ RAMOS, Cláudia; MAIOR, Paulo Vila. Perspectivas teóricas sobre a integração europeia. **Relações Internacionais**. Lisboa: n. 16, 2007. p. 131.

²⁰⁵ Ibid., p. 137.

Considerando o referenciado sobre o tema, a Teoria Neofuncionalista, com sua base supranacional, e a teoria intergovernamentalista, com base no Estado como centro de tudo, complementaram-se ao longo do processo de integração, culminado no Direito Comunitário Europeu, que trouxe grandes avanços jurídicos e econômicos, especialmente ao Direito de migrar, pois superaram as formas absolutas de soberania, para a forma mitigada e inclusiva do diferente.

Nesse caminho, não é possível conceber, hoje, o Direito Comunitário como ramo da Ciência Jurídica dependente do Direito Internacional, mas sim uma autonomia clara e forte oriunda do processo integrativo europeu, que rompe as barreiras do nacional, através da supranacionalidade, que se expande além dos ditames da soberania, e limita-se à comunidade de países inseridos na União Europeia.

Essa nova realidade apresentada pelo Direito Comunitário procura uma identidade comum aos povos que pertencem a uma comunidade, e, assim, deve-se entender como um todo, mas, ao mesmo tempo, com suas peculiaridades, sempre relacionadas ao Estado democrático de direito e na defesa dos direitos humanos²⁰⁶.

O comunitarismo perpassa, necessariamente, pela democracia, como fiel da balança da efetiva integração entre os Estados, pois se não houver essa premissa tem-se uma mera fusão sem fortalecimento no respeito das regras criadoras dessa União, não devendo ser esquecido, que o fundamento econômico inicial tem por vez motivar a interdependência das partes a um todo, como fruto dos entes supranacionais criados de forma organizada advindo do meio político, para que haja uma melhor institucionalização das entidades²⁰⁷.

Para a instrumentação das regras oriundas do Direito Comunitário no cenário europeu foi necessário recorrer aos órgãos intergovernamentais para incluir dentro de cada país membro as normas oriundas da supranacionalidade, e assim criar um sistema que possa se complementar entre si e assim conseguir a eficácia jurídica necessária²⁰⁸.

²⁰⁶ DROMI, Roberto; EKMEKDJIAN, Miguel A; RIVERA, Julio C. **Derecho comunitario**: Sistemas de integración-regimen del Mercosur. Buenos Aires: Ciudad Argentina, 1995. p .54.

²⁰⁷ Ibid., p. 56.

²⁰⁸ CANTERO, Carlos Marcial Russo. **El Mercosul ante la necesidad de organismos supranacionales**. Assunción: Intercontinental, 1999. p.47.

Chega-se, portanto, à necessária diferenciação entre o Direito Internacional e o Direito Comunitário, bem como as fontes de suas normas; enquanto o primeiro se baseia na liberalidade dos Estados em atos intergovernamentais, o segundo vai mais além, recepciona as regras criadas pela supranacionalidade das altas autoridades comuns. Como bem ilustra Marchioni, a seguir: “O Direito internacional, conforme teóricos internacionalistas tem como base o consentimento dos Estados. É, portanto, um direito que resulta do esforço intergovernamental, que tem como princípios e fontes, os tratados e costumes internacionais”²⁰⁹.

De igual maneira, o Direito Comunitário possui princípios jurídicos, que por si só o torna um ramo autônomo da Ciência Jurídica, inicialmente o princípio da autonomia é o alicerce desse Direito, ao demonstrar a sua necessidade de não ser vinculado ao Direito Nacional, para sua consolidação, mas que sua abrangência seja, no espaço jurídico interno, quanto no comum da Europa²¹⁰.

Não se pode concluir que a autonomia do Direito Comum seja absoluta, pois é um paradoxo total contra sua essencialidade de adequação do nacional com o internacional. Com isso, se faz necessário a existência de tratados para que exista a cooperação com os direitos estatais, demonstrando sua relativa autonomia como ramo de direito²¹¹.

Como também o princípio do primado, no qual as normas de Direito Comunitário são superiores hierarquicamente às normas de Direito Nacional, sejam anteriores ou posteriores, de forma absoluta, incondicional, caso contrário o Direito comum não sobreviveria para o desenvolvimento da União Europeia, sendo compreendida sua importância e aplicabilidade, pelo legislador e pelos magistrados dos Estados-membros²¹².

A aplicabilidade direta do Direito Comunitário define que não deve existir mecanismos constitucionais ou não, nos países membros para a receptividade da

²⁰⁹ MARCHIONI, Alessandra. Parlamento Europeu e Comissão Parlamentar Conjunta, um paralelo sobre o prisma democrático. *In*: PIMENTEL, Luiz Otávio (Org). **Direito da Integração e relações internacionais**: Alca, Mercosul, UE. Florianópolis: Fundação Boireux, 2001. p. 34-44.

²¹⁰ STELZER, Joana. **União Europeia e supranacionalidade**: desafio ou realidade. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2004. p.167.

²¹¹ KOWAR, Robert. As relações entre direito comunitário e direitos nacionais. *In*: COMISSÃO DAS COMUNIDADES EUROPEIAS. **Trinta anos de direito comunitário**. Luxemburgo: Serviços de Publicações Oficiais da CE. 1985. p.107.

²¹² *Ibid.*, p. 135.

norma comum, o que por si só o diferencia do Direito Internacional Público, que, por ser ato intergovernamental, necessita de tal regramento para a validade e eficácia de tratados, de forma *interna corporis*²¹³ nos Estados nacionais²¹⁴.

Percebe-se, pelo exposto, mais uma diferença entre o Direito Internacional Público e o Direito Comunitário, pois o primeiro tem a execução de seus regramentos de forma dualista, ou seja, necessita de autorização do Estado nacional para entrar em vigor, já o segundo tem a característica de ter uma executividade de forma monista, ou seja, de autoexecução, sem a mesma necessidade do direito anterior, apresentando claramente uma mitigação da soberania para o bem comum, e aperfeiçoamento do processo de integração na Europa.

A compreensão da forma monista do Direito Comum também tem como base o entendimento de que é impossível distinguir os negócios estrangeiros dos nacionais, já que o Estado representa a união dos interesses e das condutas individuais de seus componentes, não sendo possível a coexistência de duas normas jurídicas, e, por isso, o Direito Comunitário se internaliza independente de aceitação ou não do Estado nacional membro da comunidade²¹⁵.

A internalização do Direito Comunitário também se torna possível sem a formalização procedimental do Direito Internacional, pois esse direito comum cria, nos residentes das comunidades e dos países membros, um direito subjetivo oriundo dos organismos internacionais com base na supranacionalidade, que aperfeiçoam ou resolvem conflitos, antes não abarcados pelo direito nacional, transformando uma norma externa em interna, principalmente pela atuação do Judiciário.

De igual maneira, as noções jurídicas de dualismo ou monismo do Direito Comunitário se fazem necessárias para a análise dos choques de normas entre o nacional e o comum, e de como um supera o outro na procura do melhor entendimento jurídico ao caso prático, aliado aos princípios do Direito comum.

Com isso, inicialmente para a aplicação das normas de Direito Comunitário, utiliza-se do princípio da uniformização dos entendimentos serve para que prevaleça

²¹³ Do latim: corpo interno.

²¹⁴ SILVA, Karine de Souza. **Direito da Comunidade Europeia: fontes, princípios e procedimentos**. Ijuí: Unijuí, 2005. p.46.

²¹⁵ KELSEN, Hans. **Teoria geral do direito e do estado**. São Paulo: Livraria Martins Fontes. 1993. p. 28-32.

uma interpretação comum a todos os Estados-membros, ou seja, existindo divergência na aplicabilidade da norma comum, esta deve ser uniformizada em forma de jurisprudência única e sumular pelo Tribunal de Justiça da União Europeia, evitando que magistrados nacionais possam julgar de forma distinta e enfraquecer as bases formadoras do comunitarismo²¹⁶.

Ademais, convém ressaltar que o Direito Comunitário tem seu nascedouro através de zonas de mercado comum, que possibilitaram a integração inicial pelo viés econômico, mas, depois, a criação desse mercado compartilhado entre os países membros, se expande, através da cessão de competências nacionais, o que por si só impulsiona a relação entre os povos.

Os limites do Direito Comunitário não ficam restritos somente aos regramentos nacionais, pois é um sistema aberto e autossuficiente, que, por sua origem, tem em sua essência o principal objetivo de realizar a integração entre os ordenamentos dos Estados-membros, não mais com uma função de cooperação do externo com o interno, e sim de incorporação do Comunitário ao Nacional²¹⁷.

A própria supranacionalidade impulsiona o Direito Comum a uma integração econômica cada vez mais, pois esta consegue dirimir as diferenças existentes entre os Estados, ao contrário do processo de cooperação, que apenas busca mitigar as diferenças, o que por si só não traz avanços à comunidade em geral²¹⁸.

Não se pode compreender o Direito Comunitário como um direito alienígena ou estrangeiro, tanto que, ao ser utilizado pelos magistrados dos membros da União Europeia, nada mais é do que o fruto do seu direito interno adequado aos fundamentos do direito integracionista, ou seja, um *upgrade*²¹⁹ jurídico em benefício próprio e comum a todos²²⁰. Há de se compreender que esse Direito possui fontes próprias, que dão o condão de validade a esse ramo jurídico, pois são delas que

²¹⁶ CAMPOS, João Mota de. **Manual de direito comunitário**. Lisboa: Fundação Calouste Guibenkian, 2002. p. 35.

²¹⁷ BINDI, Federiga. **Il futuro dell' Europa**: Storig funzionamento e retroscena dell' Unione Euopea. Milão: Franco Angeli, 2005. p.7.

²¹⁸ CANTERO, Carlos Marcial Russo. **El Mercosul ante la necesidad de organismos supranacionalies**. Assunción: Intercontinental, 1999. p.57.

²¹⁹ Do Inglês: promover melhorias.

²²⁰ STELZER, Joana. **União Europeia e supranacionalidade**: desafio ou realidade. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2004. p.130.

nasce a essência do Direito Comunitário, ou seja, primaz de validade a sua existência na sociedade.

Nesse caminho, a fonte do Direito seria inicialmente o fundamento de validade da ordem jurídica, o início de tudo, oriundo dos fatos reais que originam e condicionam o Direito, as chamadas fontes materiais, mas que são somente comprovadas, se uma “norma superior” lhe dá condição de validade e legitimidade²²¹.

Assim, todo sistema normativo como Direito Comunitário teria sua condição de existência válida por uma norma superior, ou como bem se define uma norma hipotética ideal, que tem como função unificar todas as normas jurídicas, dando-lhes os cabedais de validade e legitimidade necessárias para sua aplicação nas relações sociais²²².

Buscando uma compreensão da validade jurídica do Direito Comum, deve-se analisar que o Direito, em si, possui duas fontes: as formais, de onde nascem as normas, neste caso, o Direito Comunitário se origina claramente dos tratados internacionais de criação das comunidades comuns, ou seja, suas estruturas jurídicas fundamentais, com a criação das altas autoridades, e aceitação de sua jurisdição de forma interna nos países membros de forma positivada²²³.

As fontes formais do Direito Comunitário são as mesmas do Direito Internacional Público, os tratados, os quais devem ser escritos para que constituam lei entre as partes, regendo o funcionamento e criando o arcabouço inicial do direito comum²²⁴.

Mesmo com a semelhança inicial com o Direito Internacional Público, fica claro, que o Direito Comunitário, após sua criação, busca caminho totalmente diferente, pois as normas oriundas das suas fontes materiais ou derivadas têm origem nos órgãos supranacionais comunitários, havendo uma aplicação direta no campo interno, sem a necessidade da reciprocidade formal por mecanismos

²²¹ KELSEN, Hans. **Teoria geral do direito e do estado**. São Paulo: Livraria Martins Fontes. 1993. p. 32-37.

²²² KELSEN, Hans. **Teoria geral do direito e do estado**. São Paulo: Livraria Martins Fontes. 1993.p. 38.

²²³ EKMEKDJIAN, Miguel Ángel. **Introducción al derecho comunitario latinoamericano**. Con especial referencia al MERCOSUL. Buenos Aires: Depalma, 1997. p. 75.

²²⁴ REZEK, José Francisco. **Direito internacional público**. Curso elementar. São Paulo: Saraiva, 1998. p. 17-18.

constitucionais dos países membros, pois aqueles tratados iniciais possuem em seu bojo autorização e declínio desta regra, já que a soberania se torna mais relativa a todos.

Uma vez validado e legitimado, o Direito Comunitário passa a ter suas fontes derivativas classificadas da seguinte forma: decisões dos órgãos supranacionais, regulamentos, diretivas, recomendações²²⁵, a jurisprudência, os costumes, os princípios gerais do Direito e a inovação, com as fontes de terceiro grau, confirmando, mais uma vez, a autonomia desse ramo jurídico frente aos outros direitos, e a sua excepcionalidade e peculiaridade com sua ampla aplicação.

As diretivas se apresentam como normas gerais de menor aplicabilidade e alcance jurídico, pois aos Estados-membros recai a obrigação determinante de como será feita sua execução, tornando-se falha em seu objetivo devido à possibilidade ou não de ocorrer a correta aplicação, mas que, de forma direta ou indireta, influencia a lei interna de cada país.

Nesse toar, as diretivas fazem uma ponte entre o Direito Comunitário e a *legis* interna de cada Estado nacional, como bem definiu:

A diretiva é, portanto, uma modalidade de interação teleológica entre o Direito Comunitário e os sistemas jurídicos nacionais, concretizada numa instrução através da qual a Comunidade obriga o Estado-membro a alcançar determinado resultado, deixando às autoridades nacionais, porém, a escolha e forma dos meios mais adequados - do ponto de vista do Direito interno e dos interesses nacionais - ao atendimento dos fins perseguidos²²⁶.

Diversos efeitos jurídicos podem acontecer com as diretivas, tanto de forma horizontal, em uma lide entre particulares, ou de forma vertical, quando numa contenda entre o Estado e determinado órgão de direito público, mas sempre havendo a suscitação de sua aplicabilidade de caráter interno ou externo, ou os dois, tornando a forma mais fácil para o magistrado solucionar o conflito²²⁷.

²²⁵ As recomendações, mesmo não possuindo o condão de sanção, como requisito validador da norma jurídica, contém em sua essência uma amplitude sociológica, pois conduz os países membros a adotar atitudes formais para o cumprimento das regras comuns, e assim atinge a finalidade precípua de integração de todos em uma única prática, criando inexoravelmente *standars*, e assim objetivando o bem comum. (STELZER, 2004. p.140.)

²²⁶ SEGADE, José A. Gómez: La legislación comunitaria europea. **Revista de Derecho Económico Actual**. Buenos Aires: Depalma, 1993. p. 501-508.

²²⁷ FRANCA FILHO, Marcílio Toscano. As diretivas da Comunidade Européia [sic.]. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, nº 37. São Paulo: Revista dos Tribunais, outubro-dezembro de 2001. p. 7-26.

De maneira diversa, os regulamentos têm um amplo alcance, pois primeiro são frutos do processo legislativo comunitário, o que já envolve um alto teor de integração comum dos Estados-membros, pois já renunciaram parte de sua soberania para o benefício comum e, por isso, sua aplicabilidade é em toda a comunidade, sem necessidade de mecanismos para sua execução e automática internalização de seus efeitos às normas internas de cada país signatário, ficando em termos de hierarquia abaixo apenas dos tratados.

As diferenças se apresentam pelo alcance, que nos regulamentos têm sua forma ampla, e na diretiva restrita, e seus efeitos, já que o primeiro é *erga omnes*²²⁸ e a segunda *inter pars*^{229, 230}.

Já órgãos supranacionais, em seu funcionamento, produzem decisões que têm como beneficiários as pessoas físicas, ou um membro estatal da comunidade, através de seus atos administrativos, pela leitura das normas gerais.

Os ditames e recomendações carecem de força obrigacional, ou seja, da condição de validade das normas jurídicas propriamente ditas, pois não há força coercitiva, o que eleva a lei a ser lei e não uma mera teoria, sendo apenas uma manifestação de vontade, como forma de conselho ou opinião, e, com isso, não é considerada como fonte formal do Direito Comunitário²³¹.

Constata-se que a recomendação é uma mera solicitação de que o destinatário se mantenha em seus atos de certa forma, apenas determinando e não obrigando os interessados; já os ditames são meras expressões sobre o entendimento do órgão supranacional a determinado tema, sem poder de ordenar ou punir a conduta das partes envolvidas.

Como em qualquer ramo do Direito, a jurisprudência apresenta-se como forma de uniformizar as decisões dos tribunais da Comunidade, evitando a divergência, com o objetivo de preencher as lacunas do direito positivado, como

²²⁸ Efeito que tem como característica a aplicação da norma ou decisão judicial para todos, além dos envolvidos no conflito ou litígio.

²²⁹ De forma contrária à anterior, o efeito se dá apenas para as partes envolvidas, não havendo sua aplicabilidade de forma extensiva a todos daquela norma ou decisão judicial.

²³⁰ CAMPOS, João da Mota de. **O direito comunitário**. O direito institucional, vol. 01. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1989. p. 98-103.

²³¹ IHERING, Rudolf Von: **A luta pelo direito**. Tradução: João Vasconcelos. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 5.

também criar um direito aplicável, desta feita aliado aos princípios específicos e gerais da Ciência Jurídica.

Na Comunidade Europeia, no entanto, existem dois tipos de direitos, o *civil law* e o *commom law*, que, de maneira distinta, mas interligada, conseguem aglutinar valores e suprimir impasses, pela própria essência do Direito Comunitário, que é a dinamicidade de suas normas, sempre em análise, a cada fato social novo evidenciado.

A exemplo disso o *civil law*²³² imprime aos contratos o *pacta sunt servanda*²³³, já o *commom law*²³⁴, com sua força oriunda dos costumes, impõe o direito consuetudinário, na ausência de norma escrita, demonstrando a versatilidade do direito comum e sua adaptabilidade junto à realidade jurídica da Comunidade Europeia. Assim, dentro do sistema legal normativo comunitário, surgem as fontes de terceiro grau, que se apresentam em forma de regulamentos administrativos da Comissão de Atuação Europeia aliados aos atos oriundos do Conselho Europeu, que tem por finalidade disciplinar o tratado e adequá-lo aos princípios gerais do Direito Comum²³⁵.

Nesse rumo, após todo o processo integrativo europeu, que os fundamentos iniciais de Kant, como a federação das nações, direito de visita, e a composição cosmopolita de mundo são aplicados em parte com a criação da União Europeia em 1992, tendo como base todos os outros acordos, como o Tratado do Carvão e Aço no início dessa cooperação.

Em 29 de julho de 1992, com o Tratado de Maastricht, ou Tratado da União Europeia, houve a verdadeira e máxima integração desejada na época, e no que concerne à limitação de circulação de pessoas imposta pelo realismo vestfaliano com soberania solitária e restritiva foi destituída com o livre deslocamento das pessoas pertencentes aos países que compõem essa união como se segue:

Artigo 8º. -A 1. Qualquer cidadão da União goza do direito de circular e permanecer livremente no território dos Estados-membros, sem

²³² Do Inglês: lei civil

²³³ Do Latim: os pactos devem ser observados.

²³⁴ Do Inglês: Lei comum.

²³⁵ BORRIELLO, Romina; GERLI, Simoneta; e SCARPATI, Brisa. **Diritto delle Comunità Europee.** Le istituzioni e le politiche dell'Unione Europea. Napoli: Edizioni Giuridiche Simone, 2001. p. 179.

prejuízo das limitações e condições previstas no presente Tratado e nas disposições adoptadas em sua aplicação²³⁶.

A interpretação do artigo em destaque mostra que, além da livre circulação, a permanência em outros Estados-membros, que não seja o originário daquele cidadão, é permitida, avançando para além do ideal inicial kantiano que seria o direito de visita, pois agora se tem o direito de se estabelecer em outro país.

Ressalta-se, também, que a União Europeia, quando da sua criação, já colocava como um dos objetivos principais de sua fundação a cidadania europeia, que tem como base “[...] o reforço da defesa dos direitos e dos interesses dos nacionais dos seus Estados-membros, mediante a instituição de uma cidadania da União”²³⁷.

Apesar de a União Europeia ter sido um grande avanço ao ideal da livre circulação de pessoas sem a restrição das amarras soberana de um Estado, isto ficou restrito apenas aos membros que compõem a reunião de países, sendo necessário recorrer ainda aos ideais da teoria realista, quando da entrada de migrantes de fora do bloco, como se demonstra a seguir:

Artigo K.1 Para a realização dos objetivos da União, nomeadamente o da livre circulação de pessoas, e sem prejuízo das atribuições e competências da Comunidade Europeia, os Estados-membros consideram questões de interesse comum os seguintes domínios : 1) A política de asilo ; 2) As regras aplicáveis à passagem de pessoas nas fronteiras externas dos Estados-membros e ao exercício do controlo dessa passagem ; 3) A política de imigração e a política em relação aos nacionais de países terceiros : a) As condições de entrada e de circulação dos nacionais de países terceiros no território dos Estados-membros; b) As condições de residência dos nacionais de países terceiros no território dos Estados-membros, incluindo o reagrupamento familiar e o acesso ao emprego ; c) A luta contra a imigração, permanência e trabalho irregulares de nacionais de países terceiros no território dos Estados-membros²³⁸

Ao verificar a importância dos movimentos migratórios no mundo, e em especial no continente europeu, a União Europeia criou o Fundo para Asilo, Migração e Integração em julho de 2021, que tem como objetivo principal:

²³⁶ UNIÃO EUROPEIA. **Tratado de Maastricht**. 1992. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:11992M/TXT&from=PT>. Acesso em 22 ago. 2022.

²³⁷ Ibid.

²³⁸ UNIÃO EUROPEIA. **Tratado de Maastricht**. 1992. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:11992M/TXT&from=PT>. Acesso em 22 ago. 2022.

Artigo 3. Objetivos do Fundo 1. O Fundo tem por objetivo estratégico contribuir para a gestão eficaz dos fluxos migratórios e para a aplicação, o reforço e o desenvolvimento da política comum em matéria de asilo e da política comum em matéria de imigração, em consonância com o acervo da União aplicável e no pleno respeito das obrigações internacionais da União e dos Estados- -Membros decorrentes dos instrumentos internacionais de que são parte²³⁹.

A quantia de dinheiro destinada para os movimentos migratórios na Europa e seus fluxos, apenas ameniza a situação de total descaso dos Estados-membros, mas, pelo menos, esse instrumento reconhece que deve tratar o migrante como se define nas obrigações internacionais, especialmente pela Organização das Nações Unidas (ONU).

Positivamente, essa regulamentação de tratamento dado ao migrante traz a solidariedade na partilha das obrigações dos Estados-membros ao receber o fluxo migratório, ou seja, os países do bloco, que são fronteiriços a terceiros Estados, devem receber uma maior ajuda financeira para lidar com a situação, fruto do ideal kantiano de igualdade de nações.

A regulação da União Europeia define políticas de restrição a imigrações irregulares para os países integrantes, e a política de reintegração ao país de origem do migrante, e, em outro giro, favorecer a migração legal e regular, como forma de favorecer a integração do migrante no país membro receptor do bloco econômico²⁴⁰.

Todas as implicações, no que concerne ao processo integrativo europeu, ao federalismo kantiano - com a quebra do paradigma vestfaliano, e as discussões sobre os limites e compreensões da soberania estatal-, desaguam, inexoravelmente, no Direito de migrar, e como as premissas do direito cosmopolita e da margem nacional de apreciação podem ou não conseguir a real dignidade e efetivação do direito em todo mundo.

²³⁹ Id. **Regulamento (UE) 2021/1147**. Parlamento Europeu e do Conselho de 7 de julho de 2021 que cria o Fundo para o Asilo, a Migração e a Integração. Bruxelas (Bélgica). (2021-2027). Disponível em: https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32021R1147&qid=166117333_0690_&from=PT. Acesso em: 22 ago. 2022.

²⁴⁰ UNIÃO EUROPEIA. **Regulamento (UE) 2021/1147**. Parlamento Europeu e do Conselho de 7 de julho de 2021 que cria o Fundo para o Asilo, a Migração e a Integração. Bruxelas (Bélgica). (2021-2027). Disponível em: https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32021R1147&qid=166117333_0690_&from=PT. Acesso em: 22 ago. 2022.

2.2. DA BUSCA DO EFETIVO E REAL DIREITO DE MIGRAR PELO MUNDO

O fenômeno mundial dos deslocamentos humanos apresenta-se de grande importância jurídica e deve ser estudado inicialmente pelos primórdios de sua existência, a partir da pré-história, e, com isso, aprofundar o conhecimento teórico necessário para a evolução do direito de migrar, perseguindo a resposta de grandes perguntas: O porquê de migrar? Qual motivação?

2.2.1 Dos Deslocamentos Humanos Globais: Teorias, Definições e Contextualização

Há exatos dois milhões de anos, o primeiro fluxo migratório humano ocorreu da África para a Eurásia, impulsionado pelo fato de, naquele momento, serem bípedes e poderem andar ereto, liberando as mãos para utilizarem ferramentas na longa jornada; e, no decorrer do tempo, espalharam-se pelo mundo chegando ao Sudeste da Ásia e na China, e há 50 ou 60 mil anos chegaram à Austrália²⁴¹.

Os eventos clima e subsistência já se mostravam como fatores determinantes nos fluxos migratórios na pré-história, tanto que, o continente europeu, devido à Era Glacial, não era tão convidativo aos primeiros deslocamentos naquela época, só ocorrendo seu povoamento há 500 mil anos²⁴².

Deve-se ressaltar, que a melhora do clima naquele momento da história, com o derretimento das geleiras, contribuiu para o surgimento de mais animais, como cervos, bovinos e cavalos, que proporcionaram a motivação do ser humano a migrar, e que mesmo sem a interferência antropogênica, como hoje se apresenta no meio ambiente global, o elemento clima já era fundamental para as transferências dos humanos de um lugar para outro.

²⁴¹ PAQUET, Martin; MANNIG, Patrick. **Migration in world history, coll.** New York: Routledge, 2005. p. 195.

²⁴² DICK, Hoerder. **Cultures in contact: world migrations in the second millennium.** Durham, N.C. and London: Duke University Press, 2002. p. 15.

A confirmação da existência de rotas migratórias naquele período se dá pela similitude genética encontrada em todos os continentes com a encontrada na África, pois lá se iniciou a jornada de deslocamento humano pelo mundo, e por aquele evento o globo foi povoado, habilidade somente encontrada na pessoa²⁴³.

Com isso, na pré-história a colonização do planeta aconteceu devido à migração humana, com suas habilidades de locomoção, bem como, claramente, pela necessidade de sobrevivência, com sua saída da África, inicialmente, e depois com seu espalhamento pelo globo, seja por terra ou por mar, à procura de locais habitáveis²⁴⁴. De igual maneira urge a pergunta, o porquê de o ser humano, na pré-história, sair da África?

Como acima demonstrado, inicialmente, ele procura a melhor condição de sobrevivência, aliada às habilidades adquiridas, mas também já se impõe o evento migratório planejado, fruto da troca de informações, construção de lembranças, facilidade na negociação entre eles, que compreendem fatores interligados da crescente complexidade cultural e social, como também o aumento da população em determinados lugares.

Desta feita, a facilidade da adaptação humana a um novo lugar, a formação de sua cultura primitiva, as habilidades de sobrevivência e o aumento da população impulsionaram o indivíduo a ir além da sua barreira de segurança territorial, para conquistar o mundo e conhecer novas perspectivas²⁴⁵.

Por isso, o surgimento das primeiras sociedades humanas ou culturais são frutos inequívocos dos movimentos migratórios, como forma de povoar o mundo, bem como as rudimentares trocas de informações sobre determinado local para migrar, entre os seres humanos, confirmam uma cooperação social oriunda dessa rede de comunicação entre eles.

O tema dos deslocamentos humanos pelo mundo, em qualquer época do tempo e da história, mostra-se de suma importância para evolução da vida no planeta Terra, pois sociedades se configuram, relações sociais aproximam o

²⁴³ PAQUET, op. cit., 2005. p. 200.

²⁴⁴ DAVID, Christian. **Maps of time: An Introduction to Big History**. Berkeley: University of California Press. 2003. p. 456.

²⁴⁵ JONES, Steve; MARTIN, Robert, PILBEAM, David. **The Cambridge encyclopedia of human evolution**. Cambridge: Cambridge University Press. 1994. p. 243.

diferente, frente ao local, criando novos sistemas sociais e culminando na formação perene e contínua da humanidade.

Desde que a humanidade andou reto, sobre dois membros, que se apresenta como uma criatura de mobilidade, o que propiciou a busca de melhor condição de sobrevivência, mesmo sem possuir cavalos, a roda, ou, sequer, nem pensar na rapidez em se deslocar como hoje, na modernidade.

A motivação migratória na história, em si, demonstra que o deslocamento humano ocorre desde a necessidade de comida e trabalho, até pela perseguição política e religiosa, terrorismo, e desastres naturais, como também pelas guerras travadas, tanto na Antiguidade, quanto na atualidade, como o confronto entre a Rússia e a Ucrânia, em 2022, o que apresenta a complexidade deste tema.

Em contraponto, uma definição teórica acadêmica do termo “migrante” não está bem delineada, tanto no plano nacional, quanto no internacional, sendo considerado aquele/a que, tomada sua decisão apenas por mera conveniência, sem existir fatores externos que o influenciem, realiza o deslocamento para outro país²⁴⁶.

Verifica-se que a motivação do ato de migrar terá consequências jurídicas adversas, ou seja, a migração causada por fatores políticos, de raça ou religião será considerada pessoa refugiada, ou migrante motivado. Noutra perspectiva, passa a existir a intenção do migrante em residir em outro país, e não apenas se deslocar de forma temporária, mas, tem-se a figura do imigrante, que, de forma legal ou não, possui a motivação de permanecer e residir em outro Estado²⁴⁷. A sociedade atual e seus sistemas de governo falham em conceder o básico na defesa da dignidade humana ao ser humano, refletindo diretamente nos movimentos migratórios atuais em que se persegue primordialmente o respeito e as condições mínimas de benefícios para sua sobrevivência, sem se esquecer das oportunidades que aparecem e impulsionam toda uma rede sistêmica da sociedade.

²⁴⁶ ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL PARA MIGRAÇÕES. DIREITO INTERNACIONAL DA MIGRAÇÃO. **Glossário sobre migração nº 22**. Genebra, 2009. Disponível em: <https://publications.iom.int/system/files/pdf/iml22.pdf> . Acesso em 04 set. 2022.

²⁴⁷ ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL PARA MIGRAÇÕES. DIREITO INTERNACIONAL DA MIGRAÇÃO. **Glossário sobre migração nº 22**. Genebra, 2009. Disponível em: <https://publications.iom.int/system/files/pdf/iml22.pdf> . Acesso em 04 set. 2022.

A essência da necessidade humana de se deslocar para buscar sua evolução, mesmo desconhecendo seu destino vai além da terra, chegando até a Lua, em 1969, bem como na atualidade com a Estação Espacial Internacional, e os programas espaciais russos e chineses, que modelam uma nova realidade, para depois da ionosfera, e permite a pessoa sonhar com infinitas formas de se conectar ao cosmos, mas que remonta à pré-história, como antes dito, que a migração colonizou o globo, como uma das mais importantes tarefas daquela época, se assemelhando na atualidade junto ao universo desconhecido.

Para tanto, se faz necessário o estudo das teorias migratórias existentes, seja pelo viés sociológico até o econômico, mas que se busque compreender na atualidade e contemporaneidade como e porque ocorrem as migrações.

2.2.1.1 A Escola de Chicago e sua Importância no Estudo das Migrações: uma Análise sob a Ótica Sociológica

Os estudos dos movimentos migratórios ao longo dos tempos se fixam na ideia principal da seguinte pergunta: Por que migrar? O que leva o ser humano a sair de sua casa, se separar da família e desbravar o que é incerto, novo e diferente?

Desde o entendimento arqueológico, como antes apresentado, o movimento migratório se pautou na busca pela melhoria das condições ambientais e da sobrevivência, aliadas à evolução fisiológica do ser humano, ao poder andar em pé sobre dois membros e não mais sobre quatro, como os demais animais.

Com a compreensão sociológica desse movimento, agrega-se a seus fundamentos a interpretação da vontade humana e das relações sociais como mola a impulsionar os deslocamentos humanos, tendo como expoente inicial a Escola de Chicago, como primeiro estudo do tema neta perspectiva.

Desde o fim do século passado e na atualidade, é a perspectiva econômica que leva o ser humano a se tornar um imigrante, e seu labor o legitima de diversas formas na terra estrangeira, caso contrário é o diferente e não aceitável em outra nação, pois não traz riquezas e apenas custos, sendo também uma “coisa descartável” somente útil enquanto trabalha, podendo ser trocado ou expulso

daquela terra, que antes o recebeu de braços abertos²⁴⁸.

Ao tentar compreender a motivação da mobilidade humana, ao longo dos tempos, diversos fatores se apresentam desde o ambiental ao religioso, mas uma condição se torna comum na contemporaneidade, que é a social, oriunda da modificação dos modos de produção econômica.

Nessa esteira, mesmo não havendo uma citação direta sobre a problemática da migração por Karl Marx, em meados do século XIX, há de se revelar que, de maneira anterior, Friedrich Engels já trabalhava com a Sociologia urbana marxista, em uma época de grande industrialização na Europa, e como as migrações mudavam as sociedades e as cidades especialmente a Inglaterra e o movimento migratório irlandês²⁴⁹.

Mesmo que a análise inicial se pautou no acúmulo de capital, como forma de motivação das migrações, verifica-se que os objetivos dos deslocados são as buscas de melhores salários e de trabalho, sendo vistos como pessoas mal-educadas, grosseiras, o que demonstra como é o impacto do diferente em uma sociedade estrangeira, na época da Revolução Industrial.

O que torna interessante a visão marxista sobre migrações é que sua influência não pode deixar de ser dissociada do desenvolvimento do capitalismo. Como é sabido, a Revolução Industrial provocou o enfraquecimento do indivíduo camponês e de seus modos de subsistência, cuja principal consequência foi o seu deslocamento para as cidades, sendo facilitado pelos meios de transportes. As cidades, assim, converteram-se no centro de concentração de capital, gerando o aumento da mais valia sobre o trabalhador, que agora não mais plantava para comer, e sim se submetia a condições degradantes de labor na indústria²⁵⁰.

A migração é parte importante na construção do capital, pois, com os deslocados, o capitalismo se retroalimenta das dificuldades de sobrevivência dessas pessoas, e continuará ao longo da história a impor diminuição ou retirada total de sua humanidade. Tanto que, desde a metade o século XIX, a industrialização e a urbanização impulsionaram a migração do campo para a cidade, bem como o

²⁴⁸ SAYAD, Abdelmalek. **A imigração ou os paradoxos da alteridade**. São Paulo: EDUSP, 1998. p. 57.

²⁴⁹ ENGELS, Friedrich. **La situation de la laborieuse en Anglaterre**. Paris: Sociales, 1845. p. 35.

²⁵⁰ MARX, Karl. **O Capital** - Livro I – crítica da economia política: O processo de produção do capital. Tradução: Rubens Enderle. São Paulo: Boitempo. 2013. p. 56.

deslocamento em massa, da Europa para os Estados Unidos, de pessoas fugindo da fome do Antigo Continente, reforçado pela expansão econômica, pela qualidade de vida e a transferência do *locus* comercial para a urbe²⁵¹.

Naquele momento, o ambiente rural foi colocado em um segundo lugar de importância, apenas como forma de produção de alimentos, transferindo a força do capital para as cidades e suas indústrias.

A situação acima, porém, já se apresentava no século XV, quando da formação dos Estados nacionais na Europa, em que houve a transferência das terras para os nobres, as chamadas “comunais”, obrigando que milhares de pessoas migrassem para as cidades, pois não possuíam mais como se sustentar, já que não existiam mais lugares livres para plantar e sobreviver, mostrando a força do capital como meio implícito para o deslocamento humano²⁵².

A vida na cidade, de meado até o fim do século XIX, é pujante e traz a centralidade das decisões políticas, culturais, sociais e, principalmente, econômicas, e de maneira sistêmica, com o aumento populacional, cria-se um mercado consumidor ávido por produtos oriundos da industrialização, colocando o rural cada vez mais em segundo plano, como bem menciona Lefebvre: “[...] a cidade engendra alguma coisa diferente e superior a si mesma: no plano econômico – a indústria; no plano social – a propriedade mobiliária; enfim, no plano político – o Estado”²⁵³.

Não obstante o fato retro, as formas de transportes influenciaram muito as migrações no século XIX, já que estradas de ferro e barcos a vapor facilitaram o deslocamento humano, bem como as comunicações entre as pessoas, através do telégrafo, difundiram a informação do que seria encontrado pelos migrantes no novo local.

Destarte, a primeira grande onda migratória ocorreu entre 1845 e 1854, dos europeus para a América, marcando os primeiros deslocamentos humanos intercontinentais da era moderna, os quais foram favorecidos pelas facilidades de transportes e redes sociais comunicativas mais modernas nas trocas de informações

²⁵¹ HOBBSAWM, Eric J. **A era do capital**. 1848-1875. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1987. p. 47.

²⁵² WOOD, Ellen Meiksins. As origens agrárias do capitalismo. **Revista Crítica Marxista**, n. 10, ano 2000. São Paulo: Boitempo. p. 16-19.

²⁵³ LEFEBVRE, Henri. **A cidade do capital**. Rio de Janeiro, DP&A, 1999. p. 78.

com familiares que ficaram na Europa²⁵⁴.

Noutro aspecto, a facilidade dos transportes também impulsionou tanto os ricos, quanto os pobres - estes em menor escala -, a conhecerem lugares antes inatingíveis pela tecnologia da época, levando o espírito humano a desbravar o desconhecido.

Na busca permanente da resposta do porquê de imigrar, vários estudiosos dataram de idos de 1885 os estudos das migrações no interior do Reino Unido, e confirmaram que desde a procura de uma melhor educação até a construção de um parque fabril são motivos que levaram às primeiras migrações no século XIX, mas, por certo, verifica-se que não há lei, teóricos ou outra forma que determine a onda migratória no ser humano, e sim que existem múltiplos motivos, que devem ser estudados, não de maneira taxativa, mas exemplificativa dessas motivações²⁵⁵.

Mais de cem anos depois destes estudos, contudo, vislumbra-se o motivo econômico como mola mestra para se migrar para outra localidade ou país, que, por conseguinte, produz ramificações acerca do tema, e suas peculiaridades, como o fato das migrações serem de distância curta, quem mora em cidades migra menos do que quem mora em zona de campo, rural, as de grande distância sempre desaguam em grandes urbes, com o comércio e indústrias em grande expansão²⁵⁶.

As redes de migrações fomentam uma troca de informações entre os primeiros migrantes e os outros que se encontram no país de origem, de tal forma, que podem modificar ou reafirmar o destino de novos deslocados em relação aos primeiros, e, dessa forma, há uma virada no modo da compreensão dos motivos migratórios para além do econômico, pura e simplesmente, mas também “[...] os fatores de expulsão definem as áreas onde se originam os fluxos migratórios, mas são os fatores de atração que determinam a orientação deste”²⁵⁷.

Regressando ao viés econômico, como forma de justificar a motivação do imigrante em migrar, este busca uma equidade salarial, pois a mão de obra

²⁵⁴ HOBBSAWM, Eric J. **A era do capital**. 1848-1875. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1987. p. 59.

²⁵⁵ RAVENSTEIN, E. G. As leis da migração de 1885. In: MOURA, Hélio A. de (org.) **Migração interna**: textos selecionados. Fortaleza: BNB, ETENE, 1980. p. 34.

²⁵⁶ ARANGO, Joaquín. Las “leyes de las migraciones” de E. G. Ravenstein, cien años despues.

Revista Espanola de Investigaciones Sociológicas. Barcelona, n. 32, pp. 7-26, 1985. p. 35.

²⁵⁷ SINGER, Paul. Migrações internas: considerações teóricas sobre seu estudo. In: SINGER, Paul. **Economia política da urbanização**. São Paulo: Brasiliense, 1973. p. 65.

assalariada tem uma tendência a se deslocar geograficamente na procura da igualdade, como determina a teoria neoclássica, como se comprova na União Europeia, quando trabalhadores menos remunerados em países mais pobres procuram igual colocação em nações mais ricas naquele mercado comum, recebendo bem mais do que no seu local de origem²⁵⁸.

Passando a ver em outra perspectiva motivacional para a migração em si, deve-se levar em conta que o migrante é um ser humano, que possui sentimentos afetivos, estéticos que são responsáveis antes do motivo de migrar, do desejo de migrar, ou seja, de nada adianta apenas estudar a motivação em si, sem verificar o nascedouro dos desejos intrínsecos em cada pessoa²⁵⁹.

Não se deve, com isso, esvaziar o argumento econômico, desconectar da condição determinante pelo capital como forma de geração da motivação do migrante em sair do país, e sim aliar todo esse arcabouço como forma de visualizar as infinitas possibilidades da ação humana, que detêm uma consciência crítica, simbólica e, ao mesmo tempo, imaginária na busca de uma melhor condição de vida para si e para seus familiares.

Assim, a ligação entre o objetivo, baseado no econômico, e o subjetivo, amarrado nas estruturas culturais do ser humano, conseguem clarear a realidade que impulsiona o migrante a fazer a jornada de saída de seu local de origem para algo inesperado, e muitas vezes não visualizada.

Tomando como base os estudos da Escola de Chicago, que em 1895 foi perseguido as explicações motivacionais sobre o ato de migrar, cujo objetivo foi de realizar pesquisas fundadas na Sociologia sobre as migrações e seus movimentos, reflexo do evento que ocorria nos Estados Unidos da América, com a urbanização acelerada das cidades, e grandes fluxos humanos, que, apesar do evento econômico da industrialização, lhe faltava o ingrediente sociológico como forma de determinar a motivação desses movimentos.

A Escola também queria compreender as problemáticas do evento migratório daquela época nos Estados Unidos da América, como a assimilação do migrante, sua adaptação, os conflitos urbanos entre o local e o estrangeiro, e, ainda,

²⁵⁸ ARANGO, op. cit., 1985. p. 36.

²⁵⁹ Ibid., p. 37.

contextualizar as diferentes culturas, com relação aos preconceitos e o mal da xenofobia, tudo com base nos estudos desse movimento de pesquisa, tornou-se importante para desmistificar o desconhecido.

De igual maneira, inicialmente, uma definição do que seria a importância do estrangeiro como marco inicial de compreensão, para depois se entender o migrante. Com isso, o estrangeiro nada mais é do que um viajante com forte inclinação de se deslocar, e, que uma vez feita a viagem, ainda não consegue superar a perda de sua mobilidade no novo país, ou seja, a sua liberdade plena de ir e vir²⁶⁰.

Outro ponto a se destacar, é que a pessoa não possui mais um sentimento de pertencimento ao *locus*, mesmo que se agregue a determinado grupo quando do movimento de deslocamento a outra nação, ele não tem mais um norte de conceber que ali é seu lugar, e de que dele surge sua cultura, seu sentimento de utilidade e, acima de tudo, de igualdade²⁶¹.

O estrangeiro se encontra em um limbo, ou seja, não é nacional naquela nova localidade, e não se encontra em seu país de origem, portanto, compreender os fundamentos sociológicos humanos do diferente possibilita a aceitação e integração social desse ser humano na nação receptora.

Deve-se compreender, no entanto, que: “O estrangeiro é um elemento do grupo, mas situado na mesma condição dos pobres e dos diversos inimigos do interior. Um elemento cuja articulação imanente ao grupo implica a um só tempo uma exterioridade e um face a face”²⁶².

É no grupo mencionado acima que a análise da socialização do novo elemento (migrante) em contraste com o novo grupo (nacionais) produz descobertas necessárias para a compreensão sociológica do evento migratório na modernidade, que, além de tudo, possui maior mobilidade mundial, devido à evolução dos meios de transportes.

Apesar de o estrangeiro ser da categoria humana, que se deveria igualá-lo ao nacional, de certo é visto como o inimigo interno, a partir de sua inserção na nova

²⁶⁰ SIMMEL, Georg. A metrópole e a vida mental. In: VELHO, Otávio Guilherme (org.) **O fenômeno urbano**. Rio de Janeiro: Zahar, 1967. p.34.

²⁶¹ Ibid., p. 37.

²⁶² SIMMEL, Georg. The sociology of conflict II. **American Journal of Sociology**, [S. l.], v. 9, nº 5 p. 672-689, mar. 1904. p. 672.

sociedade, pois não possui a plenitude de ser membro, já que vem de fora, não se agrega a nenhum grupo local, e, acima de tudo, apresenta-se como novidade, capaz de quebrar paradigmas sociais, modificar costumes e quebrar a tradição.

Pelo fato de não ser nacional, a figura do estrangeiro consegue transitar e se mover em diferentes grupos sociais da nova nação possibilitando compartilhamento de contatos, de culturas e de hábitos, apresentando-se como o novo e o transformador do que está definido, e, por isso, se torna uma ameaça ao nacional²⁶³.

Com as premissas em que foram construídas as bases da *Escola de Chicago*, através das pesquisas dos motivos e efeitos migratórios para as cidades e sua urbanização no meio para o fim do século XIX, bem como o entendimento de que a sociedade norte-americana conseguiria acolher as minorias étnicas. Nesse trilhar, a compreensão do “homem marginal” é de grande valia para entender o evento migratório americano, e o imigrante de segunda geração, aquele que é o descendente, o primeiro a chegar a terras americanas, especialmente vindo da Europa, e fugindo da fome²⁶⁴.

A evolução de qualquer sociedade e de sua civilização tem como base a diversidade, com a mistura de raças e etnias, fruto do evento migratório, tendo como fio condutor o contato e a comunicação, que proporcionem a quebra do tradicional em forma de progressão social, ou seja, só se evolui se olhar para além de suas linhas de fronteira²⁶⁵.

Não existe e nunca existirá uma sociedade isolada, o contato é inevitável, e, por isso, a raça humana é mista e diversificada, e as migrações inexoravelmente levam a uma evolução social; inicialmente acarretam-se conflitos, atritos, trocas de entendimentos, mas estes são elementos necessários para transformar e criar uma nova ordem, inclusiva e, acima de tudo, digna a todos.

O progresso social não implica esquecimento ou marginalização das diferenças culturais, mas sim um iluminar de luzes para o renascimento de uma integração de culturas locais e alienígenas, que somente o movimento migratório irá

²⁶³ SIMMEL, Georg. A metrópole e a vida mental. In: VELHO, Otávio Guilherme (org.) **O fenômeno urbano**. Rio de Janeiro: Zahar, 1967. p. 158.

²⁶⁴ Ibid., p. 167.

²⁶⁵ PARK, Robert E. Human migration and the marginal man. **The American Journal of Sociology** Chicago, v. 33, n. 6.. 1928. p. 856.

proporcionar²⁶⁶.

No primeiro contato do diferente com o local existirá o subjugo, mas, com o passar do tempo e de forma pacífica, haveria uma penetração social do imigrante, o marginal, nas entranhas sociais do novo país, e que se construirá um novo normal. A verdade sobre as migrações vai muito mais além do caráter íntimo de uma sociedade receptora, pois elas possuem sim os elementos como disputas políticas, xenofobia, o capital e, por fim, não menos importante, o Estado.

Cabe ressaltar que somente uma sociedade moderna e emancipada, ou seja, crítica e, acima de tudo política, pode resultar na recepção do migrante de forma correta sem se amarrar ao convencional e tradicional, e sim incorporar o novo à ordem social de tal forma, que somente ocorre nas grandes cidades, que proporcionam o distanciamento de laços locais e de uma cultura de isolamento, mas que, por causa da expansão comercial e econômica, aglutinam tudo e todos²⁶⁷.

Nesse caminho o imigrante tende a se tornar um indivíduo emancipado, ou seja, aquele viajante, que se assemelha ao estrangeiro que não se apega ao seu local de nascimento, que, pela sua própria compreensão de mundo, tornar-se-á um cosmopolita, que não pertence a nenhum lugar, mas, ao mesmo tempo, a tudo.

Essa concepção, no entanto, acima do dever ser sofre com a realidade do “homem marginal”, que é o imigrante de segunda geração, que não tem mais ligação com seu país de origem, tentando incessantemente construir uma nova realidade e identidade, já que vive em dois mundos e em crise permanente, e é nele e nas suas ações na nova sociedade que as mudanças e evoluções culturais ocorrerão e o progresso da civilização se consolidará para todos²⁶⁸.

Os contatos com migrantes levam, indubitavelmente, a uma concepção de interculturalidade de suma importância na visão sociológica dos eventos migratórios nos Estados Unidos, aliados à segregação racial interna já existente, o que demonstra que a sociedade americana não é inclusiva e sim trata o diferente com exclusão. É nesse contexto que a cidade de Chicago vive em um terreno urbano, com problemas originais de segregação racial repartindo o mesmo espaço com

²⁶⁶ Ibid., p. 887.

²⁶⁷ SIMMEL, Georg. A metrópole e a vida mental. In: VELHO, Otávio Guilherme (org.) **O fenômeno urbano**. Rio de Janeiro: Zahar, 1967. p. 138.

²⁶⁸ PARK, Robert E. Human migration and the marginal man. **The American Journal of Sociology**, Chicago. v. 33, n. 6. 1928, p. 860.

migrantes de novas etnias, classes sociais e, principalmente, de culturas diferentes, e a Escola busca compreender seus problemas e apontar soluções.

Ademais, infelizmente entendia-se, até então, que os problemas ocorriam devido à raça, ou à cor da pele, tido como pensamento eugenista só pioraram com relação aos migrantes criando um tensionamento social com a população local, passando a existir uma competição pelos empregos, além de transformações sociais com a presença de uma cultura diferente. A Escola de Chicago, de maneira contrária tinha como objetivo promover uma sociedade diversa e plural, focada no ser humano e no conflito oriundo do evento migratório, mas, a partir do desacordo, novas acepções se apresentam criando condições do progresso da civilização moderna²⁶⁹.

A dita promoção perpassa também pela necessidade de uma comunicação intercultural capaz, como forma de entendimento entre duas ou mais pessoas diferentes, que inicialmente pensava sob o foco da nacionalidade, mas que, em verdade, deve-se pensar no ser humano tanto como indivíduo ou coletivo, por isso que “[...] cultura é comunicação e comunicação é cultura”²⁷⁰.

Com o entendimento da diferença cultural, propõe-se a comunicação intercultural como forma de integrar o migrante a uma nova sociedade, neste caso a americana, pois se torna possível a mediação do conflito, visto que se visualiza o mundo como um conjunto de várias hegemonias, e não mais a “minha” hegemonia em relação ao outro²⁷¹.

Como consequências existiram reflexos capazes de atuar nas políticas sociais e públicas em torno de como incluir o migrante na nova sociedade, já que o mundo se torna cada vez mais interligado, tanto no final do século XIX, e muito mais na atualidade.

Deve-se destacar que, na atualidade, com as mídias e redes sociais de computadores, é necessário buscar a mesma comunicação intercultural apresentada na Escola de Chicago, como ferramenta de fomento para se negociar o sentimento de pertencimento do ser humano como global em face de seu histórico pessoal

²⁶⁹ SINGER, Paul. Migrações internas: considerações teóricas sobre seu estudo. *In: Economia política da urbanização*. São Paulo: Brasiliense, 1973. p.65.

²⁷⁰ ROGERS, Everett M. **Georg Simmel's concept of the stranger and intercultural communication research**. *Communication Theory*. Chicago, v. 9 n. 1. p. 58-74. 2006.

²⁷¹ ROGERS, Everett M. **Georg Simmel's concept of the stranger and intercultural communication research**. *Communication Theory*. Chicago, v. 9 n. 1.p. 60.

singular e que não pode ser apagado, mas conciliado²⁷².

A proposta do diálogo intercultural mostra-se o meio comunicativo entre os diferentes que, quase nunca, têm uma perenidade, pois conflitos sempre existirão servindo como alicerce de negociação, como os de cá e os de lá como uma ponte, sempre construída, entre o migrante e o nacional²⁷³.

Por fim, em um mundo globalizado que se apresenta como excludente para com os imigrantes tem-se como necessária uma lógica intercultural como forma de efetivação de política pública para o exercício de uma cidadania plena aos excluídos na sociedade receptora, que, por vezes, são invisibilizados pelo Estado devido à não existência de um processo integrativo capaz de solidificar a sua dignidade humana.

Assim, a Escola de Chicago avança em entender, problematizar e tentar equalizar as complexidades sociológicas existente nos eventos migratórios, para, com isso, propor soluções e incluir, de maneira efetiva, o imigrante a sua nova localidade.

Deve-se analisar também a necessidade de uma compreensão sistêmica, a perspectiva das teorias econômicas e seu alcance acadêmico como motivação nas escolhas do início da caminhada de deslocamento do imigrante.

2.2.1.2 As Teorias Econômicas como Forma de Explicação dos Movimentos Migratórios no Mundo

As teorias econômicas, desde a Teoria Econômica Neoclássica, da Nova Teoria Econômica até a Teoria do Mercado de Trabalho Dual como formas de explicação dos movimentos migratórios são de suma importância, pois trazem objetividade explicativa às motivações que levam o migrante a fazer sua jornada.

De igual maneira, tais teorias têm como objeto de análise a busca de respostas sobre a motivação de migrar baseando-se: no salário, no emprego, nas condições de labor, no custo migratório ao país receptor, além do que a Teoria da Nova Migração Econômica estuda a renda familiar e as variabilidades dos mercados

²⁷² APPADURAI, Arjun. **Dimensões culturais da globalização**. Lisboa: Teorema, 2004. p. 34.

²⁷³ SANTOS, Boaventura de Sousa. **A gramática do tempo: para uma nova cultura política**. São Paulo: Cortes, 2006. p.35.

como molas de impulso para a migração, o que leva a uma visão micro aliada à posição macro no sistema econômico em geral, tendo como pano de fundo a globalização e suas mazelas para o deslocado no mundo.

Já as Teorias dos Sistemas Mundiais e a Dupla do Mercado de Trabalho Dual rejeitam a visão menor dos movimentos econômicos e focam na macro economia e suas causas e consequências como fator migratório.

Apesar de o objetivo de cada teoria econômica ser diferente, ou ter como ponto inicial uma base diferente, todas devem ser compreendidas como um sistema interligado inclusive com a Escola de Chicago e seu viés sociológico, para que se possa tentar esvaziar cientificamente as motivações e contextualizações que levam o ser humano a migrar, na atualidade.

A Teoria Econômica Neoclássica divide-se em dois ramos: o macro e micro, diferenciado, como a seguir explanado, o seu foco de estudo na procura dos motivos das migrações pelo mundo.

Primeiramente a visão macro da Teoria Econômica Neoclássica, que é a mais antiga de todas, tenta explicar a migração do trabalhador, e seus reflexos no processo de desenvolvimento de um país. Essa teoria trabalha com a premissa de que tanto as migrações internas, quanto as externas são motivadas pelas diferenças no mundo da oferta e procura de trabalho²⁷⁴.

Consoante o exposto, entende-se que em países nos quais existe uma grande oferta de mão de obra e uma baixa procura por trabalhadores, é gerado, inexoravelmente, um desequilíbrio nos valores dos salários, ou seja, são pagos com valores baixos, o que impulsiona o cidadão a migrar para países nos quais a falta de mão de obra mais braçal leva a um maior ganho remuneratório, consequência da oferta *versus* demanda. Vale ressaltar, inclusive, que esse tipo de trabalho no país de origem se dá nas classes mais baixas, e sem o mínimo de escolaridade.

Como consequência, nos países pobres de origem do migrante, com a diminuição da oferta de trabalho os salários aumentam, e nos países ricos de destino ocorre o inverso, levando a um equilíbrio, que se apresenta como custo internacional econômico. Deve ser analisado também que os países ricos em

²⁷⁴ HARRIS, John R; TODARO, Michael P. Migration, unemployment, and development: A two-sector analysis. **American Economic Review**, v. 60, n. 1; p. 126-142. 1970. p. 128.

capital, devido ao equilíbrio ocasionado pelo movimento migratório, tendem a investir em países pobres, pois há uma alta rentabilidade de retorno, e a falta de capital humano qualificado provocam a migração dos profissionais a estes países, provocando um duplo prejuízo²⁷⁵.

Nesse sentido, o reflexo do desequilíbrio do capital em países pobre ocasiona, além do fluxo de trabalho com o migrante pobre indo para o país rico atrás de emprego, sai também o trabalhador qualificado para o país pobre como fluxo internacional de capital humano. Essa teoria traz grandes influências em todo mundo, especialmente às políticas públicas sobre migrações nos países, sempre focando pelo viés econômico, do trabalho, suscitando proibições legais de admissão de migrantes, em especial nos países ricos²⁷⁶.

Por fim, na Teoria Econômica Neoclássica propõe-se que, com a eliminação das diferenças salariais entre os países, diminuiriam as migrações pelo mundo, mas, que ao mesmo tempo, leva-se em consideração o fato de que os países devem realizar políticas públicas para que se encontre um ponto de equilíbrio no fluxo de trabalhadores, tanto os não qualificados para os países de maior capital, quanto os de maior qualificação indo para os de menor capital.

Na teoria em análise tem-se a visão micro, cujo objetivo é analisar a escolha individual pela visão econômica própria, em uma consideração do custo *versus* benefício, na busca de migrar para outro local, ou seja, vale a pena financeiramente migrar?

Além da vantagem financeira, procura-se analisar se a habilidade do migrante como trabalhador consegue apurar melhor salário em outro país, como também o custo imediato dessa mudança total, além das dificuldades nas novas relações sociais no país de destino, como uma nova língua, cultura e o desfazimento das ligações sociais antigas e a feitura de novas em outro lugar, nomeado como novo lar²⁷⁷.

²⁷⁵ HARRIS, John R; TODARO, Michael P. Migration, unemployment, and development: A two-sector analysis. **American Economic Review**, v. 60, n. 1; p. 126-142. 1970. p. 132.

²⁷⁶ LEWIS, W. Artur. O desenvolvimento econômico com oferta ilimitada de mão-de-obra *In*: AGARWALA, A. N.; SINGH, S. P. (org.). **A economia do subdesenvolvimento**. Rio de Janeiro: Forense, 1969. p. 34.

²⁷⁷ SJAASTAD, Larry A. The costs and returns of human migration. **Journal of Political Economy**, Chicago: The University of Chicago Press v. 70, no. 5, Part 2: Investment in Human Beings pp. 80-93, Oct., 1962, p. 76.

Ao realizar esta equação, o migrante, antes de se deslocar, faz um levantamento, analisando se o que ele vai conseguir fora de seu país com o trabalho e suas habilidades, bem como a dificuldade social, nova língua será maior do que se ele permanecesse em seu país de origem, existindo ainda a variável de tempo de permanência na nova localidade, como obstáculo para melhor remuneração no processo em si.

Nessa perspectiva, o capital humano individual está proporcionalmente ligado à maior qualificação profissional do migrante, ou seja, diminui-se a incerteza da empreitada de migração individual, já que a nova língua e a nova sociedade e cultura podem ser compreendidas com facilidade devido ao maior nível educacional.

Desta forma, quando existir o equilíbrio entre os rendimentos do trabalhador tanto nos países ricos, quanto nos pobres, como explicado na visão econômica macro, não há um impeditivo individual do migrante para migrar, pois, a partir daí, passa-se à análise do custo benefício individual, pela visão micro, e continua a existir forte influência no movimento de deslocamento para outro país²⁷⁸.

Lamentavelmente, os países ricos passaram a adotar medidas que dificultam o movimento migratório de trabalhadores mais qualificados, através de requisitos de proteção ao nacional, e, com isso, tentam diminuir esse movimento.

Uma Nova Teoria Econômica sobre migração internacional apresenta-se com foco diferente, não pelo fluxo do mercado de trabalho, nem pela vontade da análise do custo benefício individual de migrar, mas sim pela verificação de um grupo maior de pessoas, ou seja, a família ou seus agregados, que são impulsionados não mais pelo desequilíbrio no campo laboral, mas também do mercado econômico como um todo²⁷⁹.

A estrutura de aporte familiar faz como que o migrante possua diversas maneiras da análise dos riscos e benefício, pois, agora, apenas alguns membros dessa família podem migrar e outros não, buscando o país que melhor promova condições de trabalho; e, caso ocorra alguma dificuldade, o núcleo familiar pode ajudá-lo em momentos difíceis.

²⁷⁸ TODARO, Michael P; MARUSZKO, Lydia. Illegal migration and US immigration reform: A conceptual framework. **Population and Development Review**, New Jersey v. 13, n. 1. Wiley & Sons Library: 1987, p. 56.

²⁷⁹ STARK, Oded. Migration decision making: A review article. **Journal of Development Economic**, New York (USA), v. 14. 1984, p. 253.

Outro diferencial está no fato de que se apresentam novos elementos que possam fomentar a migração, entre eles tem-se o mercado de seguros ou programas governamentais, que promovem a segurança alimentar e econômica da família em seu país de origem, mas que somente possuem eficácia em nações desenvolvidas, e, de maneira ineficaz ou menos atuante, em países em desenvolvimento²⁸⁰.

Os programas governamentais são baseados em políticas públicas que diminuem os riscos da atividade econômica da família agrícola, impedindo ou mitigando sua saída na busca de sobrevivência em outros países, em que são expostas a diversos fatores.

A primeira ação que atua na mitigação dos riscos da atividade econômica da família agrícola é o seguro colheita, que consiste em uma taxa paga a uma empresa de seguro privada ou a uma agência de fomento governamental, a qual garante cobertura para eventuais problemas da natureza ou eventos diversos, que prejudiquem a colheita; caso inexista essa ferramenta, membros das famílias atingidas por problemas diversos se deslocam para outros países perseguindo melhores condições econômicas.

Com os mercados futuros, nos quais os ativos baseados nos produtos agrícolas são negociados por investidores que assumem os riscos de preços e qualidade, retirando da família agrícola a motivação de realizar a migração, caso tenha prejuízos econômicos, mas que em países em desenvolvimento nem sempre têm um mercado para ser negociado *in loco*²⁸¹.

No que concerne à manutenção de renda de famílias agrícolas ou não, tem-se o seguro desemprego, que como política pública tenta realizar pelo pagamento de determinado valor, em caso de desemprego involuntário, e com isso mitiga-se o movimento migratório, mas não acaba com ele, pois este benefício é temporário e excepcional.

²⁸⁰ KATZ, Eliakim; STARK, Oded. Labor migration and risk aversion in less developed countries. **Journal of Labor Economics**, Chicago, University Chicago Press, v. 4, n. 1, pp. 134-149 1986. p. 134.

²⁸¹ KATZ, Eliakim; STARK, Oded. Labor migration and risk aversion in less developed countries. **Journal of Labor Economics**, Chicago, University Chicago Press, v. 4, n. 1, pp. 134-149, 1986, p. 35.

Na tentativa de impulsionar sua atividade agrícola ou não, as famílias recorrem a empréstimos com finalidade de aumentar sua produtividade e, de maneira direta, a sua renda, que em países ricos são feitos com bases sólidas com sistemas bancários regulados, tendo como juros os índices de poupança, enquanto nos países pobres, mesmo que exista esse tipo de incentivo, muitas vezes não cobre o desejado, ou não tem garantia, provocando um mercado clandestino de valores oriundos de agiotas ou de criminosos, com juros abusivos ou impagáveis, e, sem ter mais nada, a família tenta a migração como última esperança²⁸².

Pela Nova Teoria Econômica, a sua análise, como acima demonstrado, compreende que a renda de uma população não é homogênea, que não se pode fazer uma verificação com base no indivíduo e sim em um grupo familiar complexo e com atividade econômica de risco, a qual necessita de políticas públicas capazes de mitigar os riscos, evitando ou diminuindo o movimento migratório.

Mesmo com todo este aparato, no entanto, não se pode e nem se consegue evitar e acabar de vez com a migração, pois apenas um membro dessa família pode migrar para complementar a renda do restante que ficou no país de origem, através do envio de dinheiro para melhorar a condição de vida de sua família.

Ademais, a Nova Teoria Econômica apresenta proposições diferentes da *Neoclássica* como: somente o emprego não é motivo de migrar, ou, muito menos, o desequilíbrio do mercado de trabalho e sim o mercado em si e outros fatores de risco, que podem ser mitigados com a adequada política pública, também que os mercados de seguros e de capital são tão importantes quanto os atos de governo, pois atingem diretamente a produção econômica e a renda do trabalhador, influenciando ou não o ato de migrar²⁸³.

Noutro giro, a Teoria do Mercado de Trabalho Dual, ou *Dual Labor Market*, a qual define que a motivação para migrar é causada por um desequilíbrio no mercado de trabalho, fruto da demanda permanente por mão de obra migrante, pelas nações

²⁸² STARK, Oded. Migration decision making: A review article. **Journal of Development Economic**. New York (USA), v. 14. 1984. p. 258.

²⁸³ STARK, Oded; LEVHARI, David. On migration and risk in LDCs. **Economic Development and Cultural Change**, Chicago: The University; Chicago Press, v. 3 n. 1. pp. 191-196, Oct. 1982. p. 194.

desenvolvidas entre outros motivos²⁸⁴. Em contrapartida, deve-se compreender, inicialmente, que, por essa teoria, a descrição do mercado de trabalho acontece por duas formas: o mercado de trabalho primário, no qual se têm altos salários, uma maior estabilidade, boas condições de trabalho, e possibilidade de crescimento profissional, ao inverso disto tem-se o mercado de trabalho secundário, com baixos salários, péssimas condições de trabalho, ausência de estabilidade, regras arbitrárias e estagnação na carreira profissional.

De igual maneira, a teoria em comento vai além da pecúnia paga pelo trabalho, analisa outras variantes, como o prestígio, a qualidade social no local de trabalho, a garantia de renda, a satisfação e crescimento profissional, e até a conjuntura inflacionária do país, todos estes são elementos que servem como motivos para migrar.

Ressalta-se que, nos países desenvolvidos, não bastaria apenas aumentar os salários dos trabalhadores do mercado secundário como forma de se evitar a migração de países pobres para as vagas existentes, pois haveria uma desorganização das hierarquias salariais, levando a uma espiral de aumentos também no mercado primário e, portanto, continuando a problemática migratória.

A própria natureza do mercado de trabalho primário obriga ao empregador a manter salários altos, pois são atividades altamente qualificadas, com alto nível de especialização e grande conhecimento técnico e científico, que mesmo existindo uma oferta maior de mão de obra ou uma crise econômica global ou nacional, continuaria a ser melhor remunerado do que no trabalho secundário, o qual, no primeiro momento de dificuldade econômica, realiza de pronto demissões e cortes salariais.

Nas nações ricas, com seu elevado capital, havia a compreensão de que, com o avançar da tecnologia e a mecanização do mercado de trabalho secundário, acabariam os movimentos migratórios, o que foi um erro, pois se criou uma camada de trabalhadores, cada vez mais precarizados, abaixo da camada que existia antes das máquinas e com os mesmos problemas já citados²⁸⁵.

²⁸⁴ PIORE, Michael J. **Birds of passage**: migrant labor in industrial societies. Cambridge: Cambridge University Press. 1979. p. 32.

²⁸⁵ PIORE, Michael J. **Birds of passage**: migrant labor in industrial societies. Cambridge: Cambridge University Press. 1979. p. 35.

Mesmo que os migrantes se sujeitem a baixos salários, sem estabilidade, sem garantia nenhuma no mercado de trabalho secundário da nação receptora, ainda é melhor do que suas remunerações em seus países de origem, e até na sua consolidação social no estrangeiro esta condição se perpetua.

Em uma análise mais minuciosa com relação ao setor secundário de trabalho, verifica-se que sua existência é impulsionada por quatro motivos. No primeiro, com relação ao comportamental dos trabalhadores, é possível visualizar que esses obreiros não possuem a capacidade do cumprimento de tarefas no prazo, com eficiência e com maior responsabilidade, pois existe uma convivência dos seus empregadores, já que é, na maioria das vezes, um serviço braçal, repetitivo e, às vezes penoso, mas que os leva a aceitar esta situação²⁸⁶.

O segundo motivo pauta-se em um fator discriminatório do trabalhador no mercado de trabalho secundário, seja pela raça, com o fato dos países ricos os definirem como estranhos à sociedade em que se encontram, pelas roupas que vestem, havendo um estereótipo prejudicial à dignidade humana desse obreiro, que não pode ascender ao setor primário, pois de pronto já é taxado como “indigno” para atividades mais bem pagas, e, assim, gera um ciclo vicioso de exclusão, tanto do nacional, quanto do migrante que trabalha no país.

A terceira motivação, de caráter também discriminatório, encontra-se na alegação do mito da tecnologia como fator excludente para admissão no setor primário, levantando mais uma barreira contra esse trabalhador, que, mesmo tendo habilidade para sua inserção se vê proibido de ingressar, pois pertence à casta dos menos favorecidos do sistema de capital perverso.

A última motivação baseia-se na conveniência do trabalhador do setor secundário em continuar em situação precária, e seu receio de perder os direitos sociais e assistenciais adquiridos com a consolidação em alguns países desenvolvidos do estado de bem-estar social, ao se deslocarem para o setor primário.

Com o avanço nos estudos, pelas mulheres, e a queda das taxas de natalidade, os países ricos ficaram carentes de trabalhadores de entrada no setor

²⁸⁶ Ibid., p. 38.

secundário, sendo outro motivo a facilitar a decisão do migrante de fazer a jornada, ou seja, a ausência de mão de obra a ser explorada ao máximo nas nações ricas.

Sendo assim, a nova teoria econômica traz como resultado de estudo que não é somente o salário baixo que leva a pessoa a migrar, que as causas motivadoras da migração ocorrem também nos países receptores, especialmente no mercado de trabalho secundário, causado pela escassez desse tipo de trabalhador que se encontra nas nações em desenvolvimento, e, por último, a existência de incentivos e de políticas públicas estatais influenciam que os movimentos migratórios em todo o globo²⁸⁷.

As teorias econômicas, entretanto, falham por não enfrentarem, de forma aprofundada as causas de motivação da migração, que vão além de noções de macro ou microestruturas, das redes sociais, mas deve-se ir nas naturezas jurídicas dos regimes políticos e econômicos como criadores das desigualdades para a maioria da população de determinado país.

É essa dimensão política e econômica dos regimes de Estados, que atraem e expulsam pessoas, que servirá como forma de compreensão dos motivos para migrar, mas que, infelizmente, nos países ricos determinam a certeza do trabalho ilegal para os imigrantes, tanto que o enfrentamento contra o trabalho ilegal é meramente simbólico, pois já se tornou parte da estrutura econômica daqueles países, sem o qual haveria um total desarme da roda capitalista do subjugo do mais fraco²⁸⁸.

Com isso à frente, o cosmopolitismo apresenta-se como forma de compreender as teorias migratórias, pois estas não conseguem ir além do cenário nacional, limitam-se às fronteiras criadas pelo nacionalismo metodológico, o qual deve ser abordado e estudado, em face de duas influências: a primeira de caráter teórico, que determina fixamente o território e o espaço como limite nacional; e a

²⁸⁷ PIORE, Michael J. **Birds of passage**: Migrant Labor in Industrial Societies. Cambridge: Cambridge University Press. 1979. p. 43.

²⁸⁸ PICHÉ, Victor. Migrations internationales et droits de la personne : vers un nouveau paradigme? *dans*: CRÉPEAU, François; NAKACHE, Delphine & ATAK Idil. (eds) **Les migrations internationales contemporaines**. Une dynamique complexe au cœur de la globalisation. Montréal: Les Presses de l'Université de Montréal. 2009. p.350-369.

segunda, de caráter político, na qual se analisa a soberania no contexto da política migratória²⁸⁹.

A ideia de território, que se consagra nas constituições nacionais, limita a compreensão das teorias da migração, sob a face apenas das fronteiras nacionais, impulsionado pelo entendimento da noção de povo na visão nacionalismo metodológico: povo como ente soberano, pelo viés democrático, como cidadãos tendo igualdade de direito perante a lei, e, por fim, dentro do ideal de solidariedade a união do povo na visão de uma união étnica, com a ajuda mútua com um compartilhamento cultural²⁹⁰.

A ruptura paradigmática pelo cosmopolitismo é necessária para melhor amplitude dos atores políticos, econômicos e sociais da sociedade atual, como os elementos transnacionais, nacionais, internacionais com maior relevância frente ao Estado-Nação cada vez mais relegado ao segundo plano, e, o mais importante de tudo, o ser humano.

Nesse trilhar, apesar de o cosmopolitismo possuir diversas formas de aplicação para o Direito, duas em especial se encaixam perfeitamente ao entendimento mais completo das teorias da migração: a primeira é pautada na percepção de que o cosmopolitismo é uma realidade social e cultural, que o ser humano não está mais amarrado à ideia de uma limitação de fronteiras em seu sentimento de pertencimento e sim ao mundo; já a segunda forma baseia-se claramente em um ideal de projeto político²⁹¹, no qual a sua implementação vai além das fronteiras, de forma múltipla, não se restringido ao espectro nacional²⁹².

Considera-se que ao se aliar o entendimento político ao cosmopolitismo, consegue-se, claramente, compreender as nuances das teorias migratórias, pois passa-se a pensar o deslocamento humano mundial com base nas desigualdades e na percepção amplificada do ideal de soberania do Estado-Nação.

²⁸⁹ Ibid., p. 370.

²⁹⁰ WIMMER, A; GLICK SCHILLER, Nina. Methodological nationalism and the study of migration, **European Journal of Sociology**, [S. l.], v. 43, n. 2, p. 217-246. 2002. p. 234.

²⁹¹ A forma de criação do cosmopolitismo pelo viés político institucional será abordada servindo como base para a criação do Direito de Migrar, através das cosmopolíticas, a ser definido no último tópico deste capítulo pela autora Jânia Maria Lopes Saldanha.

²⁹² THÉRIAUT, Joseph Y; GUILLAUME DUFOUR, Frederick. Sociologie du cosmopolitisme: présentation. **Sociologie et sociétés**, [S.l.],v.-44, p.5-14, 2012.

Em contraponto, mesmo compreendendo os eventos migratórios pelas perspectivas sociológicas e econômicas, percebendo a sua importância na formação das sociedades, de que o novo evolui para além do tradicional, bem como o ideal cosmopolita como quebra de paradigmas, necessita-se - mesmo assim - da construção de pilares fortes com base em uma justiça global, para que se dê dignidade humana aos imigrantes e proporcione de maneira plena e efetiva seu direito de migrar.

2.2.1.3 Das Teorias da Justiça Social para uma Justiça Global: Uma Real Igualdade e Dignidade Humana para os Migrantes

A se perseguir o efetivo direito de migrar em uma sociedade, deve-se entender como a Justiça se apresenta para além do respeito à dignidade humana do migrante pelo mundo²⁹³.

Inicialmente, para que exista uma proteção da dignidade humana dos imigrantes pelo mundo, faz-se necessária a compreensão deste princípio, desde suas origens até a sua aplicação na defesa de toda humanidade. Ao se iniciar a construção de um conceito de dignidade humana é extremamente importante que o ser humano tenha o direito de uma existência concreta e material preservado em todo o mundo, sendo aceitas as diferenças, e que a lei alcance, conceba e construa meios e instrumentos jurídicos sempre capazes da eficácia contínua e perene deste princípio.

Infortunadamente, o indivíduo, motivado pelo poder de domínio, sempre usou meios capazes de subjugar os outros, em diversas formas, o que enseja a necessidade de o Direito evitar a “coisificação” da essência humana, usando sua coerção e força imperativa de maneira a impedir a abusividade, notadamente quando usado contra os migrantes em todo o mundo.

²⁹³ Nessa perspectiva serão trabalhados conceitos iniciais de dignidade humana através de autores como Flávia Piovesan, Ingo Wolfgang Sarlet, Sidney Guerra, Fábio Kander Comparato, Robert Alexy, para um arcabouço primário da real igualdade para o migrante, passando para os canteiros da Justiça Social como forma de consolidação do direito de migrar, pelas teorias de John Rawls, Robert Nozick, Amartya Sen, e por fim evoluindo para a Justiça Global como mecanismo capaz de trazer às luzes a problemática migratória mundial exposta por Jean-Pierre Guengant, Charles Beitz, Stephane Chauvier.

Nessa esteira, já se confirmava como bem definiu Kant em sua época: “Age de tal forma que possas usar a humanidade, tanto em sua pessoa como na pessoa de qualquer outro, sempre e simultaneamente como fim e nunca simplesmente como meio”²⁹⁴.

Na busca do significado da palavra dignidade, esta remonta ao latim *dignitas*, que tem como sentido: a nobreza, o prestígio, especialmente o respeito à pessoa e sua condição existencial no mundo²⁹⁵.

Indo a fundo no início rudimentar da dignidade humana, sob o preceito de valor a ser respeitado, mesmo no Egito antigo, com a divindade do faraó, já se tinha um embrião de proteção da humanidade contra os excessos de seus superiores, e na liberdade de uso de seus bens, com exceção dos povos vencidos e escravizados nas guerras²⁹⁶.

Destarte, na Antiguidade, os gregos, que antecederam os romanos trouxeram ao mundo, através de suas práticas filosóficas, uma maneira de amplificar a dignidade humana como um pensamento de respeito ao ser humano e, com tudo ao seu alcance, ou seja, levaram ao mundo a ideia de concepção de igualdade.

Apesar de sua concepção filosófica, os gregos não conseguiram evitar o mal contra o ser humano e sua dignidade, pois não existia uma concepção coletiva de proteção, que transcendesse o viés político e ético, já que havia a necessidade da lei imposta a toda a sociedade, como mecanismo de proteção, que veio a acontecer somente a partir do período romano²⁹⁷.

Devido às mudanças ocorridas, os romanos compreenderam a diferença do lícito e do justo, e a necessidade de uma ordem jurídica capaz de estabelecer a dignidade humana entre as pessoas, e não mais uma diferenciação, tudo devido à criação do *jus gentium*, que possibilitou a regulação das relações individuais, sobrevivendo a racionalidade sobre o divino, impedindo alguns atos contra o imperador

²⁹⁴ KANT, Immanuel. **Fundamentação da metafísica dos costumes e outros escritos**. São Paulo: Martin Claret, 2008. p. 57.

²⁹⁵ BARACHO, José Alfredo de Oliveira. **Direito processual constitucional**. Belo Horizonte: Fórum, 2006. p. 105.

²⁹⁶ GILISSEN, Jonh. **Introdução histórica ao direito**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1995. p. 51.

²⁹⁷ GUERRA, Sidney. **Direitos humanos na ordem jurídica internacional e reflexos na ordem constitucional brasileira**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 9.

do momento, iniciando-se a proteção do individual contra o poder superior ao indivíduo, base da dignidade humana²⁹⁸.

Nessa compreensão, passa-se a entender a interligação da liberdade, da propriedade e a defesa das pessoas contra atos do soberano, através da Lei das XII Tábuas que, de maneira escrita e inicial apresenta diretrizes para a proteção da dignidade humana.

É impossível conceber, todavia, o princípio da dignidade humana sem seu aspecto mais essencial, que é a busca da igualdade, a qual, inicialmente e de maneira primitiva, só ocorreu na era do cristianismo, já que o ser humano foi criado à imagem de Deus, e, sendo este divino e protegido, o homem também deveria ter uma proteção contra tudo e contra todos, pois racionalmente “[...] a dignidade do homem advém do fato de ele ser imagem de Deus”²⁹⁹.

Somente com a criação da Magna Carta, é possível dar alguma efetividade normativa protetiva ao ser humano contra os desmandos do soberano, ocorrendo entre os séculos XII e XII, e a defesa de sua condição humana, sendo especial como a semente germinada da defesa da dignidade humana³⁰⁰.

Mesmo existindo, naquela época, o feudalismo, como um sistema desigual em que as pessoas eram diferenciadas em vassallos e soberanos, criou-se a pedra angular fundamental de um futuro sistema de proteção de direitos subjetivos individuais, que começou com o restante da nobreza e do clero e se estendeu depois para todos com a Carta Magna³⁰¹.

De maneira lenta, mas contínua, o poder do soberano cada vez mais foi sendo limitado, permitindo o nascimento da liberdade, como um dos pilares da dignidade humana na atualidade, de aplicação correlata aos migrantes, na procura da plena e efetiva cidadania universal, pois, inexistindo amarras, pode-se garantir sua dignidade humana.

Dentre os avanços na política de migração, um dos mais importantes foi o *Habeas Corpus Act*, de 1679, que seria a verdadeira expressão jurídica de

²⁹⁸ GRECO FILHO, Vicente. **Tutela constitucional das liberdades**. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 35.

²⁹⁹ ALVES, Cleber Francisco. **O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana: o enfoque da doutrina social da Igreja**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 21.

³⁰⁰ GRECO FILHO, op. cit., p. 29.

³⁰¹ COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 65.

liberdade, pois evitavam-se as loucuras ilegais do monarca soberano contra seus súditos, sendo um alicerce para os direitos fundamentais e garantias futuras da humanidade³⁰².

Naquela mesma época, o *Bill of Rights*³⁰³ realizou a retirada total do poder do monarca, ou seja, o soberano agora tem limitação em seus atos, como tinha anteriormente, de criar tributos, retirar liberdade das pessoas, ou suas propriedades, tudo com base no direito divino, pois agora não havia mais a plenitude de sua monarquia, sendo obrigado a ouvir os anseios sociais por garantia de direitos por lei, sob pena de ter a cabeça cortada, como aconteceu na França.

Em 1776, com a Declaração de Independência Americana, quebram-se os paradigmas, o divino é esquecido e agora o governante só governa caso o povo queira, o ser humano não depende mais politicamente do monarca soberano, agora o governo serve ao povo e à sociedade, que se torna mais livre para escolher seu destino³⁰⁴.

Com a Revolução Francesa, a estagnação social não se constituiu em mais uma regra da sociedade, ou seja, se nasceste pobre podes ser rico, pois agora, sob o manto dos princípios da liberdade, igualdade e fraternidade, torna-se possível essa alavanca social, acabando a diferença entre os homens, como verdadeira consolidação da igualdade³⁰⁵.

Apesar de toda a forma revolucionária, porém, o capital e a indiferença com o diferente reinterpretaram as bases da revolução socioeconômica de maneira relativa e de seu lucro a qualquer custo, seja contra o nacional ou migrante, pois, mesmo estando livre, seria a liberdade para trabalhar e aceitar as piores condições sub-humanas existentes, sua igualdade não alcançava sequer o tratamento isonômico entre os homens e mulheres, e a fraternidade ficava ao encargo apenas da religião, portanto, não há que se falar na plenitude da dignidade humana naquela época, apenas formas de entender o embrião de uma sonhada igualdade.

O que é digno deve ser valorado e nunca pode ser substituído, não é uma coisa, pois, se coisa for, nunca haverá uma verdadeira aplicação jurídica, filosófica e

³⁰² GUERRA, Sidney. **Direitos humanos na ordem jurídica internacional e reflexos na ordem constitucional brasileira**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 13.

³⁰³ Do Inglês: Declaração de direitos.

³⁰⁴ COMPARATO, op. cit., 1999. p. 90.

³⁰⁵ Ibid., p. 118.

social da defesa da dignidade humana, não é possível diferenciar o que é igual, ou seja, nacional ou migrante, já que são da espécie humana³⁰⁶.

Contra isso, deve-se combater a valorização do bem material e o entendimento frio da dignidade humana, pois, caso contrário, abre-se um enorme e amplo campo para que o sistema de capital apresente sua principal característica, que é tratar o ser humano como uma coisa, e não proteger e dar o devido respeito a sua condição humana, sublinhando que, com os migrantes, há ainda uma situação pior que é sua hiper-vulnerabilidade, e que o Direito deve reprimir essa prática e restabelecer a dignidade humana de todos nacionais ou estrangeiros.

A lei, com sua força imperativa e coerciva, em um primeiro momento apresenta-se com a eficácia necessária e com instrumentos hábeis para a defesa da dignidade da pessoa humana, porém, deve-se ir para além do positivismo, e da norma fria, e compreender esta dignidade como valor máximo de uma sociedade, para, com isso, seja aplicado em todo sistema legal de maneira constante e perene³⁰⁷.

Neste caminho, a busca em Dworkin e seus princípios fundantes *standards*, servem como resposta à necessidade de eficácia na defesa da dignidade da pessoa humana, pois, com a valoração moral adequada na defesa do ser humano, independentemente de sua origem, migrante ou não, torna-se possível irradiar em todo sistema jurídico a boa prática, e resolver esse problema social, que, muitas vezes, a simples Lei não consegue se impor frente a um poder estatal ineficiente³⁰⁸

Caberia ao Estado ter, em suas bases fundamentais, a defesa da condição humana através das obrigações e deveres impostos a todos de maneira indistinta, sendo a dignidade humana:

[...] qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável,

³⁰⁶ KANT, Immanuel. **Fundamentação da metafísica dos costumes e outros escritos**. São Paulo: Martin Claret, 2008. p. 65.

³⁰⁷ PIOVESAN, Flávia. Direitos humanos e princípio da dignidade da pessoa humana. In: LEITE, George Salomão (org.). **Dos princípios constitucionais**: considerações em torno das normas principiológicas da Constituição. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 188.

³⁰⁸ DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. Tradução: Jefferson Ruiz Camargo. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2014. p. 230.

além de propiciar e promover sua participação ativa e co-responsável [sic] nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos³⁰⁹.

É o Estado que detém a função fundamental de ser o guardião perpétuo dos instrumentos e normas legais na defesa da dignidade da pessoa humana, seja na sociedade - com valores universais ou relativos -, mas o mínimo existencial universal deve ser protegido, que é a condição do ser humano.

A consolidação e a afirmação dos direitos fundamentais são oriundas do constitucionalismo moderno, e o nascimento do Estado de bem-estar social, já que de maneira anterior havia uma vaga subjetividade dos direitos, no *Estado Liberal*, que protegia apenas direito contratuais, a simples liberdade de contratar e de ser contratado, mas, ganha corpo e ramificações em todo campo jurídico pela sua proteção nos textos constitucionais modernos.

Nesse caminho, os direitos fundamentais detêm duas relações necessárias para sua validade efetiva, seja o caráter subjetivo, e que o Estado deve se abster de violar estes direitos, não fazendo imposições legais ao diferente, mesmo que sob o manto da soberania, como no caso dos migrantes, bem como o objetivo em que o ente estatal não permita violação externa contra a dignidade humana³¹⁰.

O comprometimento na defesa dos direitos fundamentais e da dignidade da pessoa humana perpassa para além da esfera estatal e de sua competência legal, atravessa toda a sociedade, com o intuito de evitar os prejuízos de uma sociedade que permite o enfraquecimento da condição humana, já que a coletividade é humana, assim todos irão um dia sofrer também com este mal³¹¹.

A dignidade humana deve ser a base interpretativa e aplicativa dos direitos fundamentais, é dela que nascem todos os outros direitos, é um norte a ser visto e visualizado no horizonte, como condição de valor fundamental, sendo impossível a sua restrita aplicação e eficácia.

Nesse trilhar, bem leciona Sarlet:

³⁰⁹ SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição da República de 1988**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002. p. 28.

³¹⁰ GONÇALVES, Rogério Magnus Varela. Os direitos fundamentais e sua validade no âmbito das relações privadas. **Revista Eletrônica Prima Facie da Universidade Federal da Paraíba**. João Pessoa, v.3, n.5, p.76, jul./dez. 2004.

³¹¹ SARMENTO, Daniel. **Direitos fundamentais e relações privadas**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 205.

[...] a dignidade da pessoa humana, na condição de valor fundamental atrai o conteúdo de todos os direitos fundamentais, exige e pressupõe o reconhecimento e proteção dos direitos fundamentais de todas as dimensões. Assim, sem que se reconheçam à pessoa humana os direitos fundamentais que lhes são inerentes, em verdade estar-se-á negando-lhe a própria dignidade³¹².

Desta feita a positivação dos direitos fundamentais é traduzida numa retirada de direitos e disponibilidades do indivíduo, sendo incorporados no bojo da ordem constitucional, de maneira material, pois as sociedades deram seu devido valor no momento do poder constituinte refletindo não somente o jurídico, mas a época política da feitura da norma constitucional, bem como mecanismos redutores da possibilidade de sua retirada ou alteração futura, já prevendo que a dignidade humana é um princípio e norma permanente e irrenunciável em um sistema de governo democrático³¹³.

A amplitude do princípio da dignidade da pessoa humana tem uma carga social, filosófica, legal, e jurídica tão grande, que sua definição nunca está pronta e terminada, pois as ofensas ao ser humano no mundo são tão grandes, que vão desde a falta de emprego, até o tratamento desigual e humilhante do imigrante no mundo, que menosprezam a pessoa e não respeitam sua mínima dignidade³¹⁴.

Tamanha a importância do direito à dignidade humana, seja na seara nacional e internacional, que na Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 traz o princípio da dignidade da pessoa humana como regra orientadora aos demais direitos, um caminho a ser trilhado, sendo fonte de inspiração aos futuros textos constitucionais no mundo pós-guerra: “Art. I - Todos os homens nascem livres e iguais em dignidade e direitos. São dotados de razão e consciência e devem agir em relação uns aos outros com espírito de fraternidade”³¹⁵.

No encalço da efetividade almejada da defesa da dignidade humana, cabe ressaltar que a sua internacionalização, pelos mecanismos e sistemas legais,

³¹² SARLET, Ingo Wolfgang. **Eficácia dos direitos fundamentais**. 8. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 88-89.

³¹³ *Ibid.*, p. 91.

³¹⁴ BARROSO, Luís Roberto. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. p. 296.

³¹⁵ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU) - **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. Adotada e proclamada pela Resolução 217 A (III) da Assembleia Geral das Nações Unidas em 10 de dezembro de 1948. Disponível em: http://portal.mj.gov.br/sedh/ct/legis_intern/ddh_bib_inter_universal.htm. Acesso em: 12 set. 2021.

influencia tanto os países signatários, quanto aqueles que se recusam a assinar os tratados sobre o tema, pois cria um valor mundial tão forte na defesa do ser humano, que não podem escapar mesmo que indiretamente de seus fundamentos³¹⁶.

Diversas situações ao longo do tempo perfazem a busca na defesa da dignidade humana, e, como conseqüências, deve-se investigar a centralidade do ser humano nas relações entre Estados, na esfera internacional, e criar boas condutas entre os países, para que as pessoas sejam protegidas em todo o mundo, especialmente os migrantes.

De pronto, no espectro constitucional de cada país, a Declaração dos Direitos do Homem faz surgir direitos e garantias fundamentais, para que a vida e o direito a uma mínima dignidade sejam respeitados, mediante ações e atores sociais no âmbito jurídico, seja pela lei interna, seja pela regra externa de um Tratado³¹⁷.

De nada adianta uma grande quantidade de postulados jurídicos, leis e normas positivadas, como determina o Direito, se não existe uma aceitação social que dará a robustez necessária para sua plena eficácia na sociedade, sendo autêntico aquele Direito, quando aceitos socialmente como regra válida pela comunidade, pois, assim, somente se atinge a finalidade da dignidade humana: a proteção do ser humano³¹⁸.

Nessa esteira, a aceitação social da dignidade humana como um elemento existencial na comunidade proclama a sua condição de validade, bem como a interpretação protetiva de seus mandamentos supre as lacunas legais e caminha ao lado da dinâmica social constante, que, por vezes, não é acompanhado pelo legislador, pois se deve compreender que:

[...] gente é tudo igual. Tudo igual. Mesmo tendo cada um a sua diferença. Gente não muda. Muda o invólucro. O miolo, igual. Gente quer ser feliz, tem medos, esperanças e esperas. Que cada qual vive a seu modo. Lida com as agonias de um jeito único, só seu. Mas o sofrimento é sofrido igual. A alegria sente-se igual³¹⁹.

De acordo com a citação retro, o imigrante é um ser que vive num meio social, e deve ter o aceite de suas condições de formulação de sua dignidade

³¹⁶ ARÉCHAGA, Jiménez. **Derecho internacional público**. T.II. Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria, 1995. p. 39.

³¹⁷ BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Rio de Janeiro: Campus, 1992. p.21.

³¹⁸ REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito**. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 105.

³¹⁹ ROCHA, Carmem Lúcia Antunes. **Direito de todos e para todos**. Belo Horizonte: Fórum, 2004. p. 13.

humana, pelo convívio com outros seres humanos, bastando simplesmente ser respeitado pela sua liberdade de que suas convicções religiosas e políticas ganham escopo material, tanto na sociedade em que vive, quanto na que o recebe, sem atropelos e distanciamentos da norma, devendo existir o respeito completo de sua condição, como ator social³²⁰.

Em um mundo cada vez mais globalizado, cuja dinâmica de sua composição muda a todo o momento, com o Direito e através da dignidade humana, torna-se possível a análise, através da compreensão de valores e de sua interpretação, para adequar e aplicar a igualdade na forma de tratar o imigrante.

Cabe ao Estado observar atentamente as peculiaridades na aplicação dos direitos humanos de forma relativa ou universal, mas sempre como norte à dignidade da pessoa humana, pois, assim, evita praticar ou aceitar atos contra a humanidade.

Nesse diapasão, com relação às políticas imigratórias de certos países, como nos Estados Unidos da América, não deve ser usada, de forma relativa, a imposição do não aceite de imigrantes de determinadas culturas e países, sob a alegação de proteção da soberania contra o terrorismo, pois, assim, não há a efetiva proteção da dignidade humana para todos os deslocados no mundo, e essa seletividade traz à tona uma xenofobia e rejeição ao diferente, algo inaceitável em pelo século XXI.

Quando diversos países optam por adotar políticas discriminatórias, alegando motivos religiosos, etnia e raça, e nível de educação, violam o princípio da igualdade, instituindo conseqüentemente categorias diferenciadas de migrantes sob a mera alegação da soberania como segurança jurídica de uma nação, como bem mencionado:

[...] A antiga expressão “segurança dos Estados”, de triste memória por conter toda uma história de repressão e violação massiva dos direitos humanos na experiência recente de muitos países latino-americanos, é devidamente substituída pela expressão “segurança humana” [...] ³²¹.

³²⁰ NUNES, Rizzato. **O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana**: doutrina e jurisprudência. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 49

³²¹ “La vieja expresión ‘seguridad de los Estados’, de triste memoria por contener toda una historia de represión y violación masiva de los derechos humanos en la experiencia reciente de muchos países latinoamericanos, es debidamente renplazada por la expresión ‘seguridad humana.’ (TRINDADE, 2006; tradução nossa).

Para que não ocorra a rejeição do migrante, é necessário existir a validação dos direitos humanos, com o objetivo e base na dignidade humana, na solução de conflitos entre os migrantes e as questões proibitivas da nação que os recebe, através de uma constituição moral, que aceite tanto as culturas diferentes como os diferentes, pois, assim, pode-se efetivar sua condição de humanidade no mundo³²².

Através das liberdades públicas globais permite-se, no âmbito jurídico, a aceitação das diversidades, pela compreensão da dignidade humana e, com isso, a defesa dos direitos humanos em qualquer parte do globo, para todos os seres humanos que aqui vivem, sem preleção de raça, cor, religião ou outra característica que tentem utilizar para excluí-lo do direito a sua mínima condição humana³²³.

A dignidade humana irá transpor as fronteiras mesmo em países que não ratificam a declaração de Direito, pela questão moral e sociológica da concretude dos direitos humanos através da aceitação do mínimo moral, que se incorpora à legislação interna dessas nações, fruto de tratados internacionais de proteção de direitos humanos³²⁴.

Devido ao exposto, a forma interpretativa das regras de proteção do ser humano em uma sociedade não pode ficar restrita apenas à lei, mas ir além, e buscar nos princípios a maior compreensão social e moral da legislação, pois estas possuem uma igualdade hermenêutica capaz de solucionar os conflitos de maneira a dar uma real igualdade ao migrante, em seu deslocamento pelo mundo³²⁵.

A dignidade humana como princípio de proteção ao direito de migrar para o migrante, porém, sofre grande perda vez que a norma protetiva da soberania, que somente será mitigada pelo sustentáculo de uma justiça social capaz de nortear as políticas nacionais e reafirmar nos canteiros jurídicos das nações a proteção da humanidade dos deslocados pelo mundo, bem como uma justiça global no plano internacional.

³²² GARCIA, Eusebio Fernandez. **Dignidad humana y ciudadanía cosmopolita**. Madrid: Dickson, 2001. p.71.

³²³ GUERRA, Sidney. **Direitos humanos na ordem jurídica internacional e reflexos na ordem constitucional brasileira**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 204.

³²⁴ MACEDO, Ubiratan Borges de. **Direitos humanos e sua teoria**. Arquivos de direitos humanos. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. p. 141.

³²⁵ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução: Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 87.

Com vistas a esclarecer o tema, pergunta-se: o que seria Justiça? O imigrante pelo mundo necessita de Justiça como ferramenta de construção da igualdade tão sonhada para sua inclusão digna em uma sociedade estranha, diferente e muitas vezes hostil. Como forma de propor uma construção de direitos para os deslocados pelo mundo, existe a necessidade de que cada sociedade tenha noções básicas de justiça em suas instituições, e com elas se construa um ideal igualitário.

Inicialmente, deve-se compreender que todas as instituições básicas da sociedade devem ser justas, e, se não forem, devem ser abolidas ou reformadas, sendo isto a primeira virtude das instituições sociais³²⁶.

Na formatação de um princípio de Justiça, como meio essencial na efetivação de uma igualdade, é necessário, inicialmente, passar pelas bases filosóficas do Intuicionismo e Utilitarismo, já que estes se contrapõem ao ideal de justiça como questionamento de suas validades.

O Intuicionismo é um rival relativamente fraco do ideal de Justiça, pois se baseia na possibilidade de existência de pluralidade de princípios de Justiça, causando como consequência a capacidade de conflitos entre eles, como também não há uma distinção entre o palpite e a intuição³²⁷.

De outro giro, é necessário fazer uma reflexão de que, na busca pela Justiça deve-se minimamente utilizar-se dos princípios intuitivos, já que o ser humano, antes de tudo, pauta-se nos sentidos viventes.

Já o utilitarismo é definido como uma postura que considera o ato correto como aquele que maximiza a felicidade geral, diferente do humanismo que é o ato realizado com a finalidade de beneficiar alguém determinado, por isso o utilitarismo seria um humanismo coletivo³²⁸.

A facilidade de compreensão apresentada pelo utilitarismo se dá no fato de ser possível sempre buscar um princípio e aceitá-lo, desde que este tenha como objetivo o bem-estar e a felicidade geral.

A Teoria de Justiça de Rawls rejeita o utilitarismo, pois sua concepção interna repousa na ideia teológica ou consequencialista (deontológica), ou seja, o ato é

³²⁶ RAWLS, John. **Uma teoria da justiça**. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000. p. 33

³²⁷ GARGARELLA, Roberto. **As teorias da justiça depois de Rawls**: um breve manual de filosofia política. São Paulo: Martins Fontes, 2008. p. 02.

³²⁸ ROSEN, Michael. **Dignidade**: sua história e significado. São Leopoldo: Unisinos, 2015. p.55.

correto desde que dependa da correção moral ligado à ideia de qualidades intrínsecas dessa ação, e não das posturas teológicas, em que as ações são previamente avaliadas como corretas ou não³²⁹.

De outra forma, os desafios enfrentados e apresentados pelo utilitarismo são mais sérios do que os do intuicionismo. Isto ocorre devido a muitas vezes, ao se deparar com algum dilema moral, tende-se a decidir pela ideia de que o ato beneficiaria ou não o bem-estar geral.

Outra importante consideração é que no utilitarismo, quando utilizado, colocam-se em carne e osso os interesses de pessoas reais, que devem ser sobreponderados - mesmo que de forma indireta - no momento da escolha, pois o bem-estar geral confronta-se com o individual, mas o intuicionismo paira no campo das ideias ou dos palpites.

Assim, num dilema moral diversas perguntas surgem no momento avaliativo: Por que adotar esta ação? Que pessoa será afetada ou beneficiada por esta decisão? Por que censurar tais condutas, se elas não prejudicam ninguém? Esses questionamentos se encaixam perfeitamente na aceitação prévia da diferença, já que o migrante como estranho aquela sociedade fará parte deste dilema, ou seja, essa pessoa diferente deve ser beneficiada ou afetada pela decisão de entrada no país receptor?³³⁰

Uma das vantagens apresentadas pelo utilitarismo é pelo fato de que na hora de elaborar suas propostas, sugere considerar as preferências de cada um dos possíveis afetados. De outra maneira, ao se analisarem ações dentro daquela visão, leva-se em consideração preceitos definidores da sociedade, ou seja, mesmo observando todos os interesses sem preconceitos, esses preceitos definidores se afirmam.

Os balanços de custo e benefício são realizados por todos no dia a dia, assim existem mais benefícios para certos sacrifícios. Esses argumentos, apresentados em favor do utilitarismo, podem ser apresentados através de uma face pouco atraente.

³²⁹ RAWLS, John. **Uma teoria da justiça**. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000. p. 25.

³³⁰ GARGARELLA, Roberto. **As teorias da justiça depois de Rawls**: um breve manual de filosofia política. São Paulo: Martins Fontes, 2008. p. 09.

No caso da aceitação de sacrifício em prol de maiores benefícios no futuro, o cálculo pode muito bem ser aceito em nível pessoal, mas, em nível social, se apresentam razões para considerá-los inaceitáveis.

O utilitarismo tende a ver a sociedade como um corpo, no qual partes delas podem ser sacrificadas, em virtude do restante, no entanto, esta operação é tida como ilegítima, pois se deve reconhecer a sociedade como um ente independente, pela dissociabilidade entre as pessoas, ou seja, cada ser vivo deve ser respeitado como ser autônomo distinto dos demais e tão digno como todos eles³³¹.

O utilitarismo deve ser criticado, pois eleva a caráter normativo o bem-estar como condição humana, pois seriam considerados relevantes os "gestos caros" das pessoas. Com isso, a satisfação do bem-estar não é igual a todos, ou seja, cada pessoa implica determinados aspectos de sua felicidade, e, com isso, o utilitarismo não consegue cumprir todos eles, e passa a considerar os indivíduos como meros portadores passivos de desejos³³².

Ao contrário, as pessoas são responsáveis por suas preferências de bem-estar, elas formam e cultivam seus desejos. Também deve relevar a existência de gostos ofensivos, ou preferenciais, pois o cálculo de custo e benefício não seria igual para que todos possam receber os beneplácitos daquela ação. Isso demonstra como o utilitarismo, como base de uma Teoria de Justiça, não se sustenta, pois frustra o ideal igualitário inicial de todos, vez que sua argumentação é externa, apenas superficial sobre a destinação de pessoas e bens³³³. Assim, o utilitarismo não tem seu ideal igualitário mantido entre as pessoas, pois as relações do homem em seus conteúdos de preferências externas entram no cálculo maximizado do custo benefício, trazendo uma desigualdade.

O único utilitarismo que pode assegurar o respeito de cada indivíduo é por meio da incorporação de um conjunto de direitos, com o objetivo de se contrapor às reivindicações majoritárias existentes, baseadas em preferências externas, em favor da minoria, como os migrantes.

³³¹ RAWLS, John. **Uma teoria da justiça**. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000. p. 29.

³³² *Ibid.*, p. 33.

³³³ DWORCKIN, Ronald. Equality, democracy, and constitution. **Alberta Law Review**, v. XXVUL, 1990, n. 2.

Mesmo assim, o deslocado em um país torna-se o diferente, e suas preferências externas são relegadas, já que o sacrifício do custo e benefício de determinados atos da sociedade somente têm como finalidade o nativo, detentor de direitos e da proteção da justiça e da lei.

O utilitarismo não garante o que promete, pois, ao partir do ponto da neutralidade, na busca do bem-estar, já colide com as preferências dos indivíduos, ocorrendo violações de direitos de uma minoria (migrantes), em nome de um bem-estar majoritário e, com isso, o sistema igualitário não existe. Não se podem aceitar as preferências que são dadas, pois a desigualdade já existe no momento em que a pessoa é colocada a aceitar apenas o que é dado, mas não buscar a igualdade do benefício.

Ao utilizar a teoria utilitarista, como forma de resolução de conflitos de interesses, fatalmente ter-se-iam situações em que direitos fundamentais de alguns seriam questionados em nome de interesses de uma maioria.

O sistema social, na visão utilitarista, não funcionaria, pois, apenas alguns, especialmente os menos favorecidos, renunciariam a direitos em detrimento a um bem coletivo maior, a não ser que os que se sacrificam confirmem que os outros interesses são mais amplos que os seus, e isto não ocorre pelos desejos individuais dos interesses, e, por isso, o sistema não é estável, incluindo o fato também de não garantir bases para sua estabilidade³³⁴.

Ante o exposto, considera-se que os direitos servem como limites que são destinados a impedir que alguma minoria sofra desvantagens na distribuição de bens e oportunidades, devido à maioria dos indivíduos pensar que esses poucos recebam benefícios menores, do que a maioria recebe, fazendo com isso uma igualdade necessária.

De ato contínuo, na busca de uma igualdade almejada, a Teoria de Justiça de *Rawls* perpassa pelo Contratualismo, como forma de responder duas perguntas básicas:

- a) o que a moral exige de nós?; e

³³⁴ GARGARELLA, Roberto. **As teorias da justiça depois de Rawls**: um breve manual de filosofia política. São Paulo: Martins Fontes, 2008. p. 08.

b) por que devemos obedecer a certas regras?³³⁵

A primeira resposta é que a moral exige o cumprimento das obrigações que a sociedade se compromete a cumprir. A segunda é que a razão da comunidade obedecer a certas regras é pelo fato de que se compromete a fazer isso. Essas respostas foram interessantes em uma época na qual a explicação de tudo estava na religião e no direito natural. No início do Iluminismo, o contratualismo apresentou-se como a forma mais atraente de preencher um vazio deixado pelas explicações religiosas sobre questões morais e sobre o problema da autoridade³³⁶.

A autoridade não é mais divina, mas a criação dos próprios indivíduos em si mesmo, e isso gera a autonomia, com a possibilidade contratualista da liberdade para contratar e ser contratado, no entanto, tendo por base um contrato hipotético, o qual teria as condições ideais de igualdade e liberdade respeitadas por todos.

A visão de Rawls, sobre o contrato social hipotético, entretanto, rejeita as versões reais de um contratualismo de carne e osso, pois define um contrato social da vida cotidiana, através das partes, sendo orientada a regras de benefício mútuo, como na visão hobbesiana³³⁷.

Assim, a ideia contratualista em Hobbes não apreende a natureza peculiar da moralidade, pois se norteia na força de cada parte, nos mais talentosos, os mais fortes sempre terão vantagens e os mais desfavorecidos ficarão na pior. Torna-se contra intuitivo visualizar que os direitos fiquem sujeitos ao poder de negociação de cada um, ou que o bom tratamento com os outros seja da conveniência de cada um.

As regras morais, no entanto, não dependem de outra coisa senão dos desejos e preferências das pessoas, ou seja, não há fatos ruins, mas convenções que determinam a existência ou não de danos causados de uns aos outros em si³³⁸.

O contrato hipotético também se contradiz ao pensamento kantiano, pois dele nasce a ideia de valor humano inerente a cada indivíduo, e o valor de sua vida merece ser respeitado por isso, no entanto, o que importa, a princípio, é superar os interesses dos demais, dentro do contrato, pelo valor instrumental individual

³³⁵ RAWLS, John. **Uma teoria da justiça**. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000. p.36.

³³⁶ GARGARELLA, Roberto. **As teorias da justiça depois de Rawls**: um breve manual de filosofia política. São Paulo: Martins Fontes, 2008. p.15.

³³⁷ HOBBS, Thomas. **Leviatã**. São Paulo: Martin Claret, 2006. p.34.

³³⁸ BUCHANAN, Alan. Marx, morality and history: an assessment of recent analytical work on Marx. **Ethics**, University of Chicago, Illinois (USA), v. 98 n., pp. 104-136, Oct.1987.

pessoal³³⁹.

O contrato hipotético seria um acordo em condições ideais, em que o caráter de ser livre e igual é respeitado, encaixando-se perfeitamente na diferença do outro (migrantes), pois sua autonomia seria preservada, sua diferença seria aceita e não mais existiria diferenciação das pessoas, pois o contrato social seria para todos de maneira igual e real e não hipotética.

No entanto, a igualdade das partes não é oriunda de uma igualdade moral, mas pelo fato dos indivíduos serem relativamente iguais, quanto às capacidades físicas e vulnerabilidades, por isso deve-se pensar em termos hipotéticos, pois, ao aceitar uma igualdade relativa, recairia em concepções habituais de moralidade³⁴⁰.

A importância do contrato hipotético é que tem o objetivo de averiguar e corrigir algumas instituições morais, pois o contrato real reflete o *status* moral, já que o destino de todos, pelo ponto de vista moral, é igual, mas, infelizmente, não reflete a desigualdade na capacidade de negociação das partes, inferindo claramente na autonomia e rejeitando as diferenças de cada ser humano (migrantes).

De maneira simples, a hipótese contratual *rawlsiana* pauta-se em uma igualdade moral, que tem o poder de impor a imparcialidade nas preferências e interesses de cada, num mundo perfeito, mas a liberdade de outro lado é meramente formal, e não há uma igualdade, e sim uma desigualdade real³⁴¹.

Os sujeitos do contrato, inclusive os migrantes e deslocados pelo mundo, partem de um plano formal de igualdade, mas as forças do capital e do mercado os jogam ao patamar inferior de restrição de direitos, dentre eles o direito de migrar e uma justiça social adequada.

Nesse ponto, demonstra-se claramente o reflexo em leis e políticas nacionais, que, por infelicidade, na maioria das vezes, impõem aos migrantes uma restrição contida em um ideal exacerbado de nacionalismo, fundado na crença de uma soberania isolacionista.

O patamar formal de igualdade é sempre ilusório na medida em que ignoram as vidas reais e suas biografias. Nesse sentido, os migrantes e deslocados

³³⁹ KANT, Emmanuel. **Fundamentos da metafísica dos costumes**. Rio de Janeiro: Tecnoprint, 1967. p.38.

³⁴⁰ GARGARELLA, Roberto. **As teorias da justiça depois de Rawls: um breve manual de filosofia política**. São Paulo: Martins Fontes, 2008. p. 16.

³⁴¹ RAWLS, John. **Uma teoria da justiça**. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000. p. 36.

padecem, amiúde, de acesso ao trabalho digno e decente, para uma inclusão social efetiva.

O contrato de Rawls tem como objetivo último estabelecer certos princípios básicos de justiça, que não visam resolver casos particulares ou cotidianos, mas sim como critérios aplicados à estrutura básica da sociedade, no entanto, estes são aplicados às sociedades bem organizadas, que têm circunstâncias de justiça. Deve-se entender como organizada, aquela sociedade, que tem como direção promover o bem de seus membros³⁴².

Com isso, nesse tipo de sociedade predominam as circunstâncias de Justiça e seus princípios, nos quais não existem nem a escassez nem falta de bens, e as pessoas são mais ou menos iguais entre si (em capacidades físicas e mentais) e também uma igualdade de vulnerabilidade para seus membros (vale ressaltar que até mesmo na sociedade marxista, as circunstâncias de justiça desapareceriam, pois se pauta na hiperprodução e depois divisão igualitária de bens)³⁴³.

Não há um critério independente do que seja justo a fazer, mas existem procedimentos que ajudam a chegar a resultados equitativos, ou seja, uma Justiça procedimental pura.

Os procedimentos retos devem ser imparciais, para a escolha de princípios de Justiça, que por conseqüências levam a Justiça como equidade, no qual os princípios imparciais são resultados de escolha de pessoas livres, racionais e interessadas em si mesmas (não invejosas), colocadas em posição de igualdade, algo impossível ao migrante, que, de início, já é visto como diferente pelo Estado receptor.

Na tentativa de buscar um ponto zero de igualdade, o contrato hipotético rawlsiano procura determinar com precisão a construção da posição original, pois, a partir daí se constroem os princípios da Justiça. Essa construção deverá ser imparcial para impedir a influência das parcialidades peculiares, precisam ser indivíduos racionais e interessados em si mesmos, que se propõem a eleger, por unanimidade, os princípios sociais que têm de organizar a sociedade³⁴⁴.

³⁴² RAWLS, John. **Uma teoria da justiça**. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000. p. 37.

³⁴³ GARGARELLA, Roberto. **As teorias da justiça depois de Rawls**: um breve manual de filosofia política. São Paulo: Martins Fontes, 2008. p. 24.

³⁴⁴ RAWLS, John. **Uma teoria da justiça**. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 43.

Esses sujeitos, no entanto, estão encobertos por um véu de ignorância, que os impede de conhecer qual é seu *status* social, e suas capacidades naturais, ou desconhecem suas concepções do bem ou suas propensões psicológicas. Em resumo, tais agentes desconhecem qualquer informação que possa ou permita que eles se orientem em questão a seu próprio favor.

Assim, o referido véu é um teste intuitivo de equidade, com isso as partes, na posição original, se direcionam para conseguir um acordo, que considere os pontos de vista de forma imparcial de todos os participantes. Os dados informados pelos participantes, na posição original, são insuficientes para atingir o fim que consiste em definir os princípios básicos de Justiça, eles precisam de informações adicionais³⁴⁵.

Primeiro, é necessário dizer algo sobre as motivações próprias dos participantes, e, segundo, sobre quais critérios de racionalidade serão aplicados na incerteza, ou seja, qual a concepção de Justiça deve-se escolher, caso apareçam diversas teorias de Justiça.

Inicialmente, os sujeitos ideais - que ficam nas posições originais -, podiam não ter motivos para propor princípios de Justiça, precisando saber quais suas motivações básicas em relação a certos tipos de bens, os denominados primários, que seriam aqueles bens básicos a satisfazer qualquer plano de vida. Classificando em:

- a) tipo social, que são distribuídos pelas instituições sociais (riquezas, oportunidades e direitos);
- b) tipo natural, que não são distribuídos diretamente pelas instituições sociais (os talentos, a saúde, a inteligência)³⁴⁶.

Nesse trilhar, traduz-se a ideia de princípios não perfeccionistas e comuns a todos. Já sobre a regra da racionalidade, que define como os sujeitos devem usar, na posição original, sua escolha em caso de dúvida; Rawls apresenta a *regra*

³⁴⁵ Ibid., p. 45-47.

³⁴⁶ GARGARELLA, Roberto. **As teorias da justiça depois de Rawls**: um breve manual de filosofia política. São Paulo: Martins Fontes, 2008. p. 26.

maximin, na qual devem ser hierarquizadas as diferentes alternativas de acordo com seus piores resultados³⁴⁷.

Deve-se, então, adotar a alternativa cujo pior resultado for superior ao pior resultado das alternativas. Assim, a regra de escolha não tem um viés conservador, mas usa a peculiar situação na qual os sujeitos não sabem da probabilidade do alcance do princípio, e, assim, não têm interesse em benefícios maiores que o mínimo.

Com isso, chega-se à conclusão de que na posição original ter-se-iam os seguintes princípios:

- a) cada pessoa deve ter um direito igual ao esquema mais abrangente de liberdades básicas iguais que for compatível com um esquema semelhante de liberdades para as demais;
- b) as desigualdades sociais e econômicas deverão ser constituídas de tal modo que ao mesmo tempo, sejam razoavelmente vantajosas para todos e vinculem-se a empregos e cargos acessíveis a todos³⁴⁸.

No primeiro princípio, devido à ignorância do desconhecimento dos sujeitos na posição original, do conceito do bem, isto vai levá-los a se preocupar com a liberdade em sentido amplo, pois seja qual for o conceito de bem adotado na sociedade, futuramente as instituições básicas da sociedade não o prejudiquem³⁴⁹.

O segundo princípio, ou princípio da diferença, pauta-se na ideia de igualdade, e é este que governa a distribuição dos recursos da sociedade, derivado da ignorância dos dados tais como posição social e econômica ou dos talentos de cada um, e implica na superação de uma justiça distributiva, mas uma justiça em que cada qual tem e obtém seus benefícios, de acordo com suas posições, desde que tudo for acessível a todos³⁵⁰.

De igual maneira, existiriam três fontes da desigualdade alheia à vontade individual: a primeira se baseia nas discriminações pautadas em raça e sexo, e que, na atualidade, estão sendo superadas, como a segregação racial, diferenças entre salários; a segunda, pelas classes sociais, esta de caráter hereditário, ou seja, em

³⁴⁷ GARGARELLA, Roberto. **As teorias da justiça depois de Rawls**: um breve manual de filosofia política. São Paulo: Martins Fontes, 2008, p. 27.

³⁴⁸ RAWLS, John. **Uma teoria da justiça**. 4. ed. São Paulo: Editora Martins Fontes, 2000. p. 39

³⁴⁹ Ibid., p. 40.

³⁵⁰ GARGARELLA, op. cit., 2008, p. 38.

qual classe social a pessoa nasce pobre ou rica, mas que não se pode negar que existe o direito de buscar uma vida melhor, através de um Estado mais igualitário; por fim, com relação às diferenças de habilidade das pessoas, nas quais, de igual forma, a loteria natural dá ou não determinada habilidade, que pode favorecer ou prejudicar, mas, aí as instituições sociais, com fundamento na verdadeira Justiça Social igualitária, devem buscar diminuir essas diferenças³⁵¹.

De maneira paradoxal, as maiores vantagens dadas pela loteria natural somente são justificadas se fazem parte de um esquema que melhore a expectativa dos membros menos favorecidos da sociedade, ficando de fora as mazelas sociais, como a pobreza, a ausência de educação e outros sem explicação, pelo fato de se aceitar apenas aquilo que beneficie a sociedade.

De igual forma, a escolha e a autonomia da vontade não devem ser maculadas pelo Estado, este deve projetar e impulsionar as instituições sociais para facilitar a busca individual de cada um, seus planos de vida e a satisfação do seu ideal, através de sua virtude, ou seja, uma perfeita harmonia entre política pública e princípios de justiça igualitária³⁵².

Cabe ressaltar que os princípios apresentados estão organizados em prioridade lexicográfica, ou seja, a liberdade não pode ser limitada a favor de obtenção de maiores vantagens econômicas e sociais, mas, somente se houver conflito com outras liberdades básicas³⁵³.

Consequentemente, a procura de uma teoria de Justiça, que se amolda como uma loteria natural, não pode ser aceita com um viés de igualdade, pois são desconsiderados elementos, como o capital, a vontade humana, que influenciam nas mazelas enfrentadas pela sociedade, com destaque para os imigrantes, que sofrem com a ausência desse direito básico.

A Teoria de Justiça de Rawls também põe fora de suas bases de concepção as minorias, como os deficientes mentais e físicos, que não podem influenciar na

³⁵¹ NAGEL, Thomas. **Mortal questions**. Cambridge, Cambridge University Press, 1979. p. 46.

³⁵² NINO, Carlos. **El constructivismo ético**, Madri: Centro de Estudios Constitucionales, 1989. p. 45.

³⁵³ RAWLS, John. **Uma teoria da justiça**. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000. p. 42.

formação de ditames políticos e sociais de Justiça, não efetivando a perfeita igualdade pretendida³⁵⁴.

Em termos parecidos, os migrantes também ficam às margens da formação de bases sociais de Justiça, pois são diferentes, excluídos, sendo o refugiado fruto do resultado da loteria da natureza, ou seja, deve aceitar esta falsa igualdade.

De maneira divergente a Rawls, Robert Nozick defende a existência do Estado mínimo, como meio de proteção das pessoas contra o roubo, a fraude, o uso ilegítimo da força, e que faça cumprir os contratos firmados entre os indivíduos, o que vai contra o Estado ativista rawlsiano, que condiz com o igualitário em sua Teoria de Justiça³⁵⁵.

A Teoria de Justiça Liberal propõe que o Estado mínimo solucionará o problema da desigualdade, a partir de um ambiente ideal, no qual as normas liberais, conservadoras, comunistas, socialistas possam conviver, contanto que saibam respeitar os direitos dos demais.

Como foco na moral tornar-se-ia possível evitar a anarquia como um próximo patamar do igualitarismo total, indo do estado da natureza a uma Estado mínimo. Para tanto, direitos como a vida e a liberdade não podem ser violados, adicionando a proteção da propriedade, como forma de igualizar todos em um mesmo patamar³⁵⁶.

Tanto Rawls quanto Nozick se encontram na ideia de que os direitos dos indivíduos não podem ser deturpados em favor de maior bem-estar dos outros, bem como na afirmação da independência e dissociabilidade das pessoas, e os dois mostram a influência kantiana “dos fins em si mesmo”, e não como meios que melhoram o bem-estar de outros indivíduos.

Os direitos naturais pautar-se-iam na ideia de propriedade de cada um sobre si próprio, ou seja, legítimo proprietário de seu corpo, e que cada pessoa possa moldar sua vida da maneira que queira desde que tenha garantias de levar essa vida adiante, de forma significativa. Com isso, produz as seguintes características fundamentais: são direitos negativos aqueles que atuam nas ações dos outros; e

³⁵⁴ NUSSBAUM, Martha. **Fronteiras da justiça**. Deficiência, nacionalidade e pertencimento à espécie. São Paulo: Martins Fontes, 2013. p. 25.

³⁵⁵ NOZICK, Robert. **Anarchy, state, and utopia**. Nova York, Basic Books, 1974. p. 32.

³⁵⁶ Ibid., p. 34.

são exaustivos, quando passam a ideia de que são direitos de não interferência na vida de cada um, ou seja, cabe ao outro não prejudicar ninguém, rejeitando a ideia de direitos positivos que assistam pessoas específicas com algumas necessidades básicas³⁵⁷.

Com isso, os únicos direitos positivos concebíveis são aqueles oriundos das tratativas voluntárias contratuais entre pessoas. Parte da ideia que as esferas de direitos individuais são invioláveis ante as pretensões dos demais. Devem ser protegidas a qualquer custo das expectativas do bem-estar comum. Com os direitos exaustivos se tem a noção de que os direitos vencem qualquer consideração moral.

O direito positivo, em Nozick, diferencia-se de Rawls, ou seja, as concepções liberais e igualitárias, sendo que na última existem instituições sociais, que devem dar o arcabouço necessário para diminuir a distância entre os beneficiados e prejudicados pela loteria natural, com o Estado mais intervencionista³⁵⁸.

Assim, os direitos positivos, apresentados por Nozick em sua Teoria de Justiça Social, entendem que muitas pessoas não teriam capacidade de realizar tratativas, que pudessem garantir direitos entre as partes, já que muitos não teriam capacidades ou habilidades ausentes pela loteria da natureza, como no caso da restrição de direitos dos migrantes em um novo país, pois sequer têm o mínimo da sua condição humana por vezes protegida, quiçá a capacidade e possibilidade de realizar contratos em patamar de igualdade.

No liberalismo conservador, a única coisa que o Estado deve garantir é a liberdade negativa das pessoas, ou seja, o Estado deve vigiar para que ninguém invada a esfera dos direitos individuais de cada um. De outra forma, o Estado, na liberdade positiva, não está obrigado a fornecer aos indivíduos instrumentos para que cada um possa levar adiante seus planos de vida.

Já o liberalismo igualitário, em Rawls, propõe a importância da liberdade positiva para as pessoas e a considera como princípio e a ideia de Justiça, no qual o Estado deve promover ações para minimizar a loteria natural.

A questão da propriedade automática, na visão do liberalismo igualitário, funda-se na compreensão de que ninguém merece as capacidades e talentos que

³⁵⁷ RAWLS, John. **Uma teoria da justiça**. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000. p. 69.

³⁵⁸ NOZICK, Robert. **Anarchy, state, and utopia**. Nova York, Basic Books, 1974, p. 37.

possui, e o Estado não deve promover isso ou castigá-lo, somente os talentos naturais serão aceitos. Assim, não pode compelir aos mais talentosos a colocar seus talentos a serviços dos menos talentosos. Desse fundamento surge o princípio da diferença, o qual afirma que a única desigualdade econômica aceita é aquela que favoreça os mais desfavorecidos³⁵⁹.

O liberalismo de Nozick e o igualitarismo de Rawls são separados pelo abismo, apesar de coincidências iniciais. Rawls demonstra um sistema institucional justo; e aquele descreve um sistema terrível, quando o esforço de alguns é usado para melhorar o destino dos outros, e destrói o princípio da propriedade automática, a tal ponto que ele entende ser uma nova forma de escravidão em nome da justiça de Rawls.

Assim, a teoria de Nozick e seu ideal de liberalismo excluem, ainda mais, os migrantes e seu direito a uma verdadeira igualdade social, pois o Estado mínimo não produz uma fonte necessária de nivelamento das minorias e sua condição de hipervulnerabilidade frente à maioria na sociedade.

Busca-se, então, uma evolução da Teoria Rawlsiana com objetivo de uma verdadeira igualdade de justiça, e Dworkin apresenta uma nova concepção liberal igualitária, que se apoia em quatro premissas básicas. Na primeira, o liberalismo deve diferenciar a personalidade das circunstâncias, igualando as pessoas pelas circunstâncias, permitindo assumir sua responsabilidade por seus gostos e ambições, ou seja, aquele que, em pé de igualdade de circunstâncias, opte por uma ação arriscada devido a seu gosto e se o seu resultado der errado deve arcar com as consequências de seu gosto caro³⁶⁰.

A segunda premissa expõe que a ideia de uma boa concepção igualitária deve rejeitar a medida de igualdade pautada no bem-estar ou satisfação que cada um pode ter, evitando uma medida subjetiva. Esse mecanismo avaliador de justiça é mais objetivo, chamado de recursos, e estes são levados em conta (se possuem ou não), no momento da escolha da ação e não o grau de satisfação que pode ser obtido. Com isso, a ideia de igualdade tenta se desligar da subjetividade da satisfação, e, assim, evitar ou diminuir a diferença dos menos favorecidos, já que

³⁵⁹ RAWLS, John. **Uma teoria da justiça**. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000. p. 63

³⁶⁰ DWORKIN, Ronald. Foundations of liberal equality. In PETERSON, Greth B. (org.) **The tanner lecture on human values**, v. 11, 1990. p. 24.

eles não sofreram com esse elemento subjetivo da ampla maioria diminuindo a grande vala da desigualdade.

De maneira lógica, a terceira premissa de maneira igual a Rawls, Dworkin define que a Justiça, no liberalismo igualitário, é questão de recursos iguais, mas não com subjetividade e sim objetividade das partes sociais envolvidas.

Por fim, na última premissa, apresenta-se numa compreensão da ética estatal pautada na neutralidade, não devendo proibir ou recompensar nenhuma ação privada com base em concepção ética de superioridade ou inferioridade às demais. Para Rawls, o correto é prioridade sobre o bom, e, assim, tem-se a neutralidade do Estado sobre as ações e ideais da excelência humana³⁶¹.

Em Dworkin, a teoria da justiça é insensível demais aos dons próprios de cada um e insuficientemente sensível às ambições de cada pessoa.

Com Rawls, a insensibilidade dos dons de cada um se explica pelos dois princípios de Justiça, já que permitem que alguns sejam desfavorecidos em termos de bens do tipo social, mas não podem ser desfavorecidos dos bens primários do tipo natural, levando a pensamentos contraintuitivos, ou seja, exemplo de pessoa com salário um pouco maior do que outra, devido a afecções físicas, estaria de acordo com Rawls, mesmo que a diferença salarial não pudesse cobrir os gastos com remédios, médicos e demais necessidades.

A vantagem do princípio da diferença é que evita que os incapacitados recebam menos bens sociais, pela simples circunstâncias de suas incapacidades, ou seja: as desigualdades sociais são compensadas e as desigualdades naturais não influenciam na distribuição dos bens, mesmo assim, não evitam outros infortúnios da incapacidade na vida das pessoas, mas, apenas minimizam³⁶². Com isso tais circunstâncias continuam afetando alguns indivíduos e outros não mantendo e aceitando as desigualdades desde que atuem em benefício daqueles que estão em pior situação.

Para colocar em exposição, como exemplo: duas pessoas de iguais talentos e recursos, apenas uma trabalha arduamente e consegue aumentar sua renda, já a segunda trabalha menos que a primeira e prefere uma vida de consumo usando

³⁶¹ DWORKIN, Ronald. Foundations of liberal equality. In PETERSON, Greth B. (org.) **The tanner lecture on human values**, v. 11, 1990, p.27.

³⁶² RAWLS, John. **Uma teoria da justiça**. 4. ed. São Paulo: Editora Martins Fontes, 2000 p. 42.

todas as suas economias. Pela teoria rawlsiana de justiça, se a segunda não for beneficiada pelo maior trabalho da primeira, devido às desigualdades existentes, então o Estado deve impor um imposto com o objetivo de transferir para a segunda, parte dos lucros que a primeira adquiriu.

As desigualdades entre o migrante e o nacional, contudo, não estão pautadas somente na sua vontade de trabalhar, e sim na ausência essencial, no país receptor, de defesa da sua humanidade, pois seja pela loteria natural, em Rawls, seja pela diferença, a desigualdade sempre existirá, já que, na sociedade, a definição de Justiça Social relaciona-se apenas às suas qualidades como indivíduo ou às suas posses como definido em Nozick, e nunca à dignidade da pessoa, com ente de direitos a serem respeitados.

Em Dworkin, a individualização da diferença apresentada por Rawls deve ser observada pelo viés da ambição de cada um, sendo uma maneira mais fácil de justificar a desigualdade, sem impor ao Estado a obrigação de mitigá-la, trazendo par o indivíduo a “responsabilidade” pelo que ele é e escolheu ser.

Haja vista o exposto cria-se a figura hipotética do leilão, no qual as partes possuem um idêntico poder aquisitivo, e, por meio desse instrumento, a sociedade põe à disposição do público todos seus recursos, que se dividem em recursos pessoais (habilidades físicas e mentais) e recursos impessoais (terra, maquinários, utensílios), sendo colocados para arrematação apenas os impessoais³⁶³.

Iniciado o leilão, cada participante fica satisfeito com aquilo que arrematou, sem querer aquilo que o outro arrematou, o que é conhecido como teste da inveja; com seu encerramento e satisfeito o referido teste, passa-se a garantir às pessoas a parcela adicional de meios de aquisição de bens, que possam ser usados com dois objetivos: o de poder seguir o plano de vida escolhido por cada um; e o de contratar seguros para enfrentar diversas desvantagens futuras e eventuais originadas das diferentes capacidades que nascem com as pessoas.

Vale ressaltar que, nesse leilão, as características pessoais e habilidades não podem ser leiloadas, e, assim, as pessoas devem ter possibilidade de iniciar suas vidas com equivalentes recursos naturais, e ter igual possibilidade de se garantir

³⁶³ DWORKIN, Ronald. **The ethical basis of liberal equality**. Ethics and economics, Universidad de Siena, Itália, 1991. p. 39.

contra eventuais desvantagens, e de forma idêntica a Rawls, de reduzir o peso dos fatores arbitrários do ponto de vista moral.

O leilão em comento seria mais seguro, pois corrige o problema da teoria de Rawls, que são os efeitos da má sorte na vida de cada um, devido à loteria da natureza, pois eliminaria esse efeito, aceitando os riscos das opções de cada indivíduo e resolveria a ligação entre a sorte de cada um e sua opção de recursos, através do seguro contratado contra os riscos assumidos.

Óbvio que o sistema de leilão não se traduz na realidade, e igual a Rawls fica na fase hipotética de sua Teoria de Justiça, servido de procedimento e parâmetros. O principal problema de colocar em prática esse leilão hipotético está no fato da adequação correta, do que se define como vantagem ou desvantagem, recaindo na retórica do subjetivismo e da moral, como bases para conceituar esses importantes fundamentos.

Noutro giro, o teste de inveja tem uma vantagem, pois não elimina completamente a influência das desvantagens naturais (algo que nenhuma proposta igualitária se propôs a fazer), ou seja, uma solução intermediária entre ignorar os dons naturais desiguais e tentar igualar, inutilmente, as pessoas em suas circunstâncias.

Em contraponto, as escolhas de bens primários e de seus recursos, tanto em Dworkin quanto em Rawls, é realmente necessário aprofundar e dissecar a ideia de capacidade básica das pessoas, conforme apresentado por Sen, como baluarte de uma teoria igualitária e também dar atenção aos diferentes desempenhos dos indivíduos, ou seja, a capacidade certa como forma de potencializar ao máximo os desempenhos humanos e seus desafios na sociedade³⁶⁴.

O conceito de desempenho varia de acordo com seu resultado, de formas diferentes, e implicam diversas consequências e coisas na vida das pessoas, como também podem ser os mais complexos ou básicos como o direito de se alimentar, pois existem sociedades diferentes e com níveis diversos de suas capacidades e de seus resultados.

³⁶⁴ SEN, Amartya. **A ideia de justiça**. Tradução: Denise Bottmann e Ricardo Doninelli Mendes. São Paulo: Companhia das Letras, 2011. p. 39.

Na busca de uma justiça eficaz, tanto no aspecto sociológico, quanto no campo jurídico, perpassa pela problemática da Justiça Social e as questões de impedimentos e deficiências, o primeiro problema funda-se na ausência de tratamento justo às pessoas em impedimento; nesse caso, os migrantes, que possuem poucos ou quase nenhuma efetivação de direitos, e o segundo seria o aumento de responsabilidade dos outros indivíduos, que, além de dar sua cota de participação da formação da Justiça na sociedade, recebe essa obrigação dos impedidos, emergindo, assim, o desequilíbrio social, que não propicia uma verdadeira igualdade³⁶⁵.

Isso pode ser modificado com o ideal de capacidade dada de maneira igualitária a todos, em uma sociedade, tendo como foco a dignidade humana, e também a ausência de distinção entre o nacional e o migrante. Esse ideal está umbilicalmente ligado a uma liberdade substantiva, ou seja, que efetivamente seja dada a oportunidade para que o indivíduo possa realizar o seu potencial, e, como meio, busque a finalidade de igualdade³⁶⁶.

As capacidades como instrumento de busca da justiça social igualitária, entretanto, devem ser vistas como garantias fundamentais do Estado e da comunidade internacional, para mitigar as desigualdades sociais enfrentadas pelos deslocados no mundo, implicando o mínimo existencial pleno, para que a sociedade possa ser considerada justa³⁶⁷.

São muitas as capacidades mínimas castradas dos migrantes pelo mundo, como direito à vida, à saúde, à educação, ou, quando são concebidas pelo Estado, são realizadas de forma precária ou desigual. Deve-se, portanto, enumerar estas capacidades: afiliação, o lazer e o direito de controlar o ambiente em que vive; tudo isto como representatividade das garantias humanas fundamentais³⁶⁸.

A importância dessas capacidades tem que ser considerada de forma universal, ou seja, tendo como alicerce os direitos humanos dos migrantes, através de uma cidadania mundial plena e coberta pelo manto de uma justiça global

³⁶⁵ GARGARELLA, Roberto. **As teorias da justiça depois de Rawls**: um breve manual de filosofia política. São Paulo: Martins Fontes, 2008. p. 29.

³⁶⁶ SEN, Amartya. **A ideia de justiça**. Tradução: Denise Bottmann e Ricardo Doninelli Mendes. São Paulo: Companhia das Letras, 2011, p. 36.

³⁶⁷ NUSSBAUM, Martha. **Fronteiras da justiça**. Deficiência, nacionalidade e pertencimento à espécie. São Paulo: Martins Fontes, 2013. p. 59.

³⁶⁸ Ibid., p. 61.

igualitária na medida em que todos devem ser tratados como fim, e não como meio de alcançar a verdadeira dignidade.

Para Habermas, Kant apenas orienta a constituição primária de uma cidadania universal, sendo de suma importância compreender os contornos abstratos do exercício dessa cidadania, que se alicerça inicialmente na garantia da paz em Kant, passando a realidade de que aqueles que estão vinculados como cidadãos de um Estado, hoje também são titulares de direitos de uma sociedade mundial, necessitando da ideia de supranacionalidade, como instituída na União Europeia, para conciliar a cidadania nacional com a universal, pelo sentimento de pertencimento a uma União e não mais somente a uma nação³⁶⁹.

Para tanto, um verdadeiro contrato social mundial compreende a participação de todos os atores sociais para, com isso, obter a real igualdade pretendida, seja migrante ou não, mas capaz de produzir na sociedade em que se encontra uma justiça igualitária.

Como contrapartida, as formas de justiça social detêm uma grande problemática, que seria a sua aplicação dentro das fronteiras nacionais, necessitando-se de um ideal de Justiça global, capaz de influir para além-muros dos Estados-Nações, como forma de efetivar realmente o direito de migrar.

A imigração, na contemporaneidade, como já demonstrado neste trabalho, possui diversos fatores na escolha de saída de um país para outro, desde o motivo econômico, social, religioso e outros, no entanto, um paradoxo se apresenta dentro do viés psicológico: como que algo estranho e diferente ao migrante não impede, mesmo assim, o seu ato de migrar?

Isto se mostra de forma a compreender que a esperança de dias melhores, de fugir de dores insuportáveis da alma, em seu país de origem, leva o ser humano a se mudar para outro lugar, estranho, com língua diferente e costumes poucos conhecidos, mas, enfim, é um ato de resistência contra tudo e todos que fazem a vida insuportável em sua localidade de origem.

Assim, para que a esperança floresça deve-se entender o direito de migrar ligado firmemente ao direito de não ser forçado a sair do lugar escolhido como seu

³⁶⁹ HABERMAS, Jürgen. **Entre naturalismo e religião**. Tradução: Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2007b. p. 345.

novo local de vida, pois, se assim não for, a sua humanidade não será respeitada³⁷⁰. Com efeito, poder-se-ia pensar como solução para a problemática do direito de migrar, através da abertura total das fronteiras, apresentando-se como resposta moral a esse dilema, no entanto, não se tornaria efetivo, do ponto de vista de direitos humanos, pois traria uma convulsão global cujas consequências seriam impossíveis de prever.

Nesse caminho os ideais de Rawls e sua Teoria de Justiça Social se confirmam com a abertura das fronteiras, mas, além do dever ser, o ser e o mundo real são desiguais, com a maioria das nações em pobreza contínua, e que o igualitarismo não conseguiria efetivar o direito de migrar com a livre e plena circulação, pois restrições sempre existiram para a entrada do estrangeiro³⁷¹.

De igual maneira, definir locais específicos como caminhos migratórios liberados não resolveria o problema do direito de migrar, pois a opção de saída para um novo país requer um entendimento de fatores multidisciplinares e de um pluralismo cultural enorme, mas, necessita-se sempre de um mínimo universal que preserve plenamente sua dignidade humana.

Nessa dimensão compreensiva, a justiça global seria efetivada através de mecanismos e normas para uma melhor e mais eficaz distribuição dos bens do planeta para todos, tendo início com a posição original de Rawls, mas que demonstraria e revelaria ao mundo as desigualdades sociais profundas e consolidaria o direito de migrar de forma plena³⁷².

Para isso seria necessário entender que a aventura da migração é, antes de mais nada, do direito à vida, a estar vivo, pois a fuga do seu lugar de origem motiva-se pela pobreza, pelas guerras, pelos conflitos étnicos e ditaduras, e que a força de atração a um novo país não é determinante, mas, apenas um lugar no qual se sintam seguras, um asilo ou um refúgio, que muitas vezes não são os países ricos, mas nações de maior aceitação das diferenças.

Também o entendimento de que a melhoria da qualidade de vida diminuiria a saída de migrantes dos países de origem torna-se ineficaz, pois quanto melhor a

³⁷⁰ CHAUVIER, Stéphane. **Du droit d'être étranger** - essai sur le concept kantien d'un droit cosmopolitique. Paris: L'harmattan, 1996. p. 34. Collection: Aujourd'hui l'Europe.

³⁷¹ RAWLS, John. **Uma teoria da justiça**. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000. p. 72.

³⁷² BEITZ, Charles. **Teoria política e relações internacionais**. Princeton: Princeton University Press, 1979. p. 34.

condição de vida, maior é a necessidade de deslocar-se pelo mundo, especialmente impulsionado pela globalização e mundialização da economia, e, cada vez mais, as cadeias de valores da produção de bens espalhadas pelo globo³⁷³.

A medida que o desenvolvimento econômico se estabelece em determinado país, a motivação de mudar de lugar é igualmente importante, mas, desta feita, diferente do refugiado, asilado ou em situação de pobreza, persegue-se qualidade e sucesso de vida em outra nação.

Assim, a Justiça global vai além da Justiça Social, pois abrange, além das fronteiras, os problemas com a efetivação do direito de migrar, mas que, ao invés de conter os deslocamentos humanos migratórios - dentro de uma visão pragmática -, serve como meio adequado de revelar os problemas econômicos, sociais, políticos que afetam todos os rincões do mundo, e, com isso, impor uma obrigação moral capaz de construir um modelo econômico mais justo no planeta Terra, para que todos possam realmente usufruir do direito de circular, viver, morar e, acima de tudo, de ser considerado como simplesmente um humano em qualquer lugar e momento, como qualquer outro igual a si mesmo.

Por fim, buscando a efetivação do pleno direito de migrar, deve-se compreender a dignidade da pessoa humana do migrante aliada a uma teoria de justiça igualitária consolidada nas bases primárias da sociedade e do globo, para, com tudo isso, reafirmar por intermédio do direito cosmopolítico, uma cidadania universal sem barreiras normativas, filosóficas e legais.

2.2.2 Do Direito de Visita, Hospitalidade e a Cidadania Universal: uma Confirmação do Direito de Migrar

Buscando uma evolução pela concepção da cidadania universal, como forma de confirmação do Direito de migrar, tem-se a necessidade da compreensão do Direito cosmopolita, como base para uma real igualdade, mesmo que possua a dimensão da dignidade da pessoa humana e uma teoria de justiça igualitária global como premissas iniciais.

³⁷³ GUENGANT, Jean-Pierre. **Que ligação entre migração internacional e desenvolvimento?** Projeto 272. 2002. p. 73.

Nesse caminhar, o cosmopolitismo também deve ser visto como uma postura moral, baseado em uma lealdade para com o outro ser humano, e, com isso estabelecer igual valor para todos, criando, de dentro para fora, uma base de igualdade comum³⁷⁴.

Para tanto, é necessário, inicialmente, ter a defesa da humanidade como princípio cosmopolita, já que ela tem sua origem na ordem moral de raiz estoica, anterior à lei e a sua normatividade, bem como entender a complexidade humana, o que se confirma pelo fato de que as relações humanas e as constituições dos países baseiam-se em tal princípio, em diferentes povos e lugares do mundo, confirmando, dessa forma, a necessidade premente de se analisarem, inicialmente, os fundamentos do cosmopolitismo na Filosofia³⁷⁵.

Indo mais além, e buscando as raízes cosmopolitas originárias, através dos filósofos greco-romanos, facilita-se a compreensão e justificação da utilização do princípio da humanidade nos dias atuais, sem recair no mito da lei como solução da problemática existente, que é a defesa do migrante contra os arbítrios do Estado ou de outros atores, como os transnacionais. Para melhor entendimento da problemática em questão deve-se ir às origens do cosmopolitismo, já que não existe unanimidade de quando ou como começou. O mais importante, no entanto, é que sua aplicação e compreensão, em cada época, eleve a possibilidade da solução da complexidade moderna e contemporânea da sociedade.

Desde o Egito Antigo, já se afirmava que os seres humanos tinham deveres morais de uns para com os outros, mesmo não havendo, expressamente, a palavra cosmopolitismo, mas já existia seu ideal na forma da categoria moral³⁷⁶, porém, as raízes cínicas e estoicas do cosmopolitismo apresentam-se nos pensadores anglo-saxões.

³⁷⁴ NUSSBAUM, Martha. **Los limites del patriotismo**: Identidad, pertenencia y ciudadanía mundial. Barcelona: Paidós, 2013. p. 34.

³⁷⁵ SALDANHA, Jânia Maria Lopes. **Cosmopolitismo jurídico**: teorias e práticas de um direito emergente entre a globalização e a mundialização. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 25.

³⁷⁶ CITADINO, Gisele; DUTRA, Deo Campos. Cosmopolitismo jurídico: pretensões e posições na interseção entre filosofia política e direito. **Nomos, Revista do Programa de pós-graduação em Direito da UFC**, Fortaleza, v. 33, n. 1, pp. 73-89, 2013, p. 88. Disponível em: <http://www.periodicos.ufc.br/nomos/article/view/868>. Acesso em: 03 set. 2020.

Foi em Diógenes, dentro da *Escola Cínica*, que apareceu a primeira palavra do termo cosmopolitismo, mas, sua percepção inspirou muitos filósofos cosmopolitas, pois, ao ironizar Platão e Alexandre o Grande, traspunha a definição de *polis*, pois seria o verdadeiro lugar do ser humano em si mesmo, como sua pátria e não uma definição limitada a linhas definidas³⁷⁷.

Na época de Diógenes, ser cidadão era estar vinculado a uma cidade e por ela ser ajudado, assim é que, ao ser indagado se pertencia a sua cidade natal, Sinope, este respondeu que pertencia ao universo, e ao cosmos, demonstrando o entendimento do dever comum a todos de ajudar os outros, pois a cidadania era universal e não local³⁷⁸.

Um das maiores contribuições para o cosmopolitismo na concepção filosófica de origem estoica advém de Zenão, com o ideal de que o bem é virtude, e que os homens deveriam viver em acordo com a natureza, implicando o dever de buscar a reta razão, o que transcende na coexistência de culturas, e possibilita a livre circulação de pessoas pelo mundo, com o direito de migrar, sem impeditivos morais ou legais³⁷⁹.

A Filosofia Estoica funda-se na ética, pois cada ser humano leva o cosmos em si, e não pode ser separado dele, tendo como virtude seguir a natureza e lutar contra a persistência do mal, com a finalidade de manter a atitude correta frente ao universo. De forma clara e concisa o cosmopolitismo dos antigos já trazia em sua base a ideia de “um estatuto do migrante”, pois todos são estrangeiros já que a mobilidade na Antiguidade era comum entre cidades e, assim, se estabelece uma igualdade de condições na qual não se diferencia o nacional do estrangeiro, até porque a míope ideia westfaliana de Estado soberano forte viria muito tempo depois, como bem definiu Cícero:

Mas dizer que se deve levar em conta os concidadãos, mas não os estrangeiros, é destruir a sociedade do gênero humano e, com ela, suprimir a beneficência, a liberalidade, a bondade, a justiça; e tal

³⁷⁷ GOULET-CAZÉ, Marie Odile; BRANHAM, R Bracht. (orgs.). **Os cínicos**: o movimento cínico da antiguidade e o seu legado. São Paulo: Loyola, 2003. p.15.

³⁷⁸ MOLES, John L. Cynic cosmopolitanism *In*: GOULET-CAZÉ, Marie Odile; BRANHAM, R. Bracht (orgs.). **Os cínicos**: o movimento cínico da antiguidade e o seu legado. São Paulo: Loyola, 2003. p. 05-120

³⁷⁹ GOURINAT, Jean-Baptiste. **Le Stoïcisme. Que sais je?** Paris: PUF, 2008. p. 10.

negação deve ser julgada como impiedade para com os deuses imortais³⁸⁰.

Assim, a compreensão de igualdade tem sua base em uma dimensão imaginativa e legal que se complementam, pois a primeira aloja-se nas mentes das pessoas que praticam atos cotidianos de compreensão e aceitação da diferença, e a segunda reflete nas regras sociais e as leis, contribuindo para a busca da efetiva isonomia³⁸¹.

Uma concepção moral do cosmopolitismo traz ao direito de migrar, algo necessário para a efetivação dos direitos dos imigrantes, que é o valor moral de igualdade, o qual não faz distinção acerca da origem da pessoa, sua condição social, sua cor, sexo, orientação sexual, nível de instrução, preferências políticas, já que tais prejulgamentos não podem implicar retrocessos protetivos e sim, se praticados, só terão lugar quando destinados a igualizar os desiguais em suas desigualdades³⁸².

De maneira direta, contudo, a concepção cosmopolita de igualdade, baseada na moral, opõe-se, claramente, à soberania dos Estados, pois essa igualdade é totalmente contrária ao sentimento de pertencimento à terra, nação, ou povo, o que impede claramente o implemento de uma cidadania universal³⁸³.

Em resposta, deve-se pôr fim a uma diferenciação de nós *versus* eles, eu *versus* você, do nacional e o migrante, através de uma postura cosmopolita possível, pois define o compromisso com aquilo que é moralmente bom, e não com o que prejudica a si próprio e aos outros³⁸⁴.

Em um mundo cada vez mais global caracterizado pela concorrência e pelo fluxo contínuo das coisas, todavia, o ser humano passa a ter valor somente quando transformado em mercadoria, sendo o processo de coisificação humana consequência do modelo econômico neoliberal, o qual desconsidera a complexidade

³⁸⁰ ARANTES, Altino. Introdução. In: **Cícero**. Dos deveres. São Paulo: Martin Claret, 2002. p. 45.

³⁸¹ GOURINAT, op. cit., 2008, p.35.

³⁸² GOURINAT, Jean-Baptiste. Le Stoïcisme. **Que sais je?** Paris: PUF, 2008 p. 45.

³⁸³ APPIAH, Kwame Anthony. Patriotas cosmopolitas. In: NUSSBAUM, Martha (org.). **Los limites del patriotismo**: Identidad, pertenencia y ciudadanía mundial. Barcelona: Paidós, 2013. p. 56.

³⁸⁴ NUSSBAUM, Martha. **Los limites del patriotismo**: Identidad, pertenencia y ciudadanía mundial. Barcelona: Paidós, 2013. p. 15.

de culturas e a sua pluralidade³⁸⁵. Ao impor um desafio a mais no ideal de cidadania universal e de humanismo mundial na defesa dos direitos dos imigrantes, encontra-se no direito cosmopolítico uma via alternativa importante para que sejam achadas as respostas que respeitem os padrões globais protetivos de direitos humanos.

Numa perspectiva aprofundada de humanidade, a base teórica do cosmopolitismo jurídico responde a procura da igual dignidade do migrante pelo mundo, com a possibilidade de uma cidadania mundial, que não depende de Estados, mas sim da empatia, e das políticas públicas pautadas em *standards* universais de respeito ao ser humano.

Em outro aspecto, a inovação trazida por Kant está na diferenciação entre direito e justiça com relação às pessoas fixadas a uma nação e nas relações entre os Estados, com isso, a pessoa natural pode ser compreendida e apresentada ao globo como ente, que pode se relacionar com outros Estados, sem a necessidade precípua de ter vinculação com ele. Essa premissa se enquadra perfeitamente para os migrantes em geral, pois existem pessoas que não estão vinculadas a um Estado e são denominadas apátridas, mas que são membros de uma sociedade civil mundial e, por isso têm direitos a serem garantidos.

Dessa maneira, a cidadania mundial origina-se da ordem jurídica mundial, na qual, independente de participar ou não de um Estado específico, o ser humano é detentor de direitos em virtude de sua humanidade³⁸⁶.

A Convenção Interamericana de Direitos Humanos, em seu bojo, já recebe influências do cosmopolitismo jurídico como a seguir:

Artigo 22. Direito de circulação e de residência. 1. Toda pessoa que se ache legalmente no território de um Estado tem direito de circular nele e de nele residir em conformidade com as disposições legais.

[...]

7. Toda pessoa tem o direito de buscar e receber asilo em território estrangeiro, em caso de perseguição por delitos políticos ou comuns

³⁸⁵ BAUMAN, Zygmunt. **Modernidade líquida**. Tradução: Plínio Dentzien. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001. p.245.

³⁸⁶ BENHABIB, Seyla. Cosmopolitanism and democracy: affinities and tensions. **The Hedgehog Review**, Yale University. New Haven, Connecticut.(USA), v. 11, n. 3, pp. 30+, 2009. Disponível em: <gale.com/apps/doc/A214206456/AONE?u=anon~10ca9dd4&sid=googleScholar&id=bd2ccb3>. Acesso em: 11 set. 2020.

conexos com delitos políticos e de acordo com a legislação de cada Estado e com os convênios internacionais³⁸⁷.

A citada premissa já estava presente no artigo terceiro definitivo da obra kantiana, que dá o condão jurídico ao cosmopolitismo, mas impõe uma limitação às condições da hospitalidade universal, definindo que o estabelecimento de uma pessoa sobre o território de outro é incompatível com seu ideal moral, fruto de sua época em que os movimentos colonizadores utilizavam John Locke para justificar a detenção de terras e bens de outros povos conquistados³⁸⁸.

Ressalte-se, todavia, que a hospitalidade se apresenta como um direito de visita, que se origina da vinculação a um Estado, o qual, com base na confiança de outros países, permite a permanência temporária em outras nações, e não a fixação do migrante, o que preocupa o direito de migrar, resultando em um ideal do sentimento de pertencimento a uma sociedade cosmopolita mundial.

Como bem delineou e definiu Kant:

Hospitalidade significa aqui, portanto, o direito do estrangeiro, ao chegar ao território alheio, de não ser tratado como inimigo ali. Pode-se não recebê-lo se isso não acarretar sua ruína; mas não se deve mostrar hostilidade em relação a ele enquanto estiver pacificamente em seu lugar³⁸⁹.

De maneira positiva, a vantagem trazida no elemento legal kantiano, proporciona a ideia de inserção no Direito dos Estados e no Direito Internacional com elementos normativos claros de uma Justiça global, levando o cosmopolitismo do campo filosófico político, ou moral, para o terreno do direito.

Deve-se também entender o cosmopolitismo kantiano pelo fato de reger em relações morais e legais que são validadas tanto para os indivíduos, quanto para

³⁸⁷ ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS (OEA). Comissão Interamericana de Direitos Humanos. **Convenção Americana sobre Direitos Humanos**. Assinada na Conferência Especializada Interamericana sobre Direitos Humanos, San José, Costa Rica, em 22 de novembro de 1969. Disponível em: http://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm. Acesso em: 12 ago. 2020.

³⁸⁸ KANT, Immanuel. **A paz perpétua**. Um projeto filosófico. Tradução: Artur Morão. Textos práticos da Filosofia. Direção da Coleção: José Rosa & Artur Morão. Título original: A Paz Perpétua. Um Projecto Filosófico (1795). Universidade da Beira Interior Covilhã, 2008. p. 32. *E-book*. Disponível em: http://www.lusosofia.net/textos/kant_immanuel_paz_perpetua.pdf. Acesso em 03 set. 2020.

³⁸⁹ KANT, Immanuel. **A paz perpétua**. Um projeto filosófico. Tradução: Artur Morão. Textos práticos da Filosofia. Direção da Coleção: José Rosa & Artur Morão. Título original: A Paz Perpétua. Um Projecto Filosófico (1795). Universidade da Beira Interior Covilhã, 2008. p. 32. *E-book*. Disponível em: http://www.lusosofia.net/textos/kant_immanuel_paz_perpetua.pdf. Acesso em 03 set. 2020.

diferentes comunidades, e, por isso, demarca um novo domínio situado entre a lei e os entes políticos específicos e, por outro lado, a lei internacional e o indivíduo; com isso os dilemas normativos dos membros políticos se localizam no *jus cosmopolitanum*³⁹⁰.

No que concerne ao direito de hospitalidade, define-se como um direito e não uma filantropia, ou seja, não é uma virtude da sociedade, ou bondade e generosidade, que se mostra aos forasteiros quando chegam a terras estrangeiras, mas sim um direito pertencente a todos os seres humanos, na medida em que todos são potenciais participantes de uma humanidade mundial.

Nesse caminho, o direito de hospitalidade não deve ser compreendido como aquele que regula as relações entre indivíduos, que são membros de uma mesma entidade civil, sob o manto de uma mesma jurisdição, mas sim aquele direito regulatório de indivíduos pertencentes a diferentes jurisdições e Estados, e que se encontram um com o outro à margem das comunidades jurisdicionais³⁹¹.

Este direito situa-se nos limites do ente político, delimitando o espaço cívico, regulando as relações entre seus membros e os forasteiros, ocupando o espaço entre os direitos humanos e direitos civis, entre o direito da humanidade em cada pessoa e os direitos oriundos pelo fato de serem membros de repúblicas distintas.

Assim, o significado da hospitalidade reside no fato de o direito do imigrante não receber tratamento hostil, pelo simples fato de ter chegado de outro país, de forma contrária, o direito de visita não permite um acolhimento necessário e a recepção obrigatória, pois é temporário e não permanente diferente da migração.

O estrangeiro pode ser recusado se a rejeição for motivada por atos violentos contra o Estado receptor, mas, uma vez mantendo-se pacífico, não poderá ser rejeitado. Não se trata de um direito que o estrangeiro possa exigir ser tratado como hóspede, mas, simplesmente, um direito de visitantes que todas as pessoas têm por estar em uma sociedade, fundado na posse comum de todos da superfície da terra,

³⁹⁰ BENHABIB, Seyla. **The right of others**: aliens, residents and citizens. Cambridge: Cambridge University Press, 2004. p. 29.

³⁹¹ BENHABIB, Seyla. **The right of others**: aliens, residents and citizens. Cambridge: Cambridge University Press, 2004. p. 130.

que permitem os homens se dispersarem por todo o globo, cuja superfície é limitada, e, assim, tolerar uns aos outros³⁹².

O direito de visitante é uma outorga, através de um acordo especial livremente decidido, que vai além de um dever moral de um com o outro, e sim um direito legal baseado num contrato de beneficência, como um privilegio dado pelo soberano republicano a certos estrangeiros para visitar seus territórios, realizando certas funções, que representam seus respectivos entes políticos, nos quais realizam comércio em longo prazo e coisas deste tipo³⁹³.

Já os direitos à hospitalidade implicam a permanência temporária, que não pode ser negada, pois sua negativa seria a destruição do sentido da palavra “o outro”, ou seja, negar a residência a vítimas de guerra, perseguição religiosa, tendo como resultado a morte, seria fato inaceitável pelos fundamentos kantianos, que resultam no aceite da diferença e da tolerância, com base na humanidade em si mesmo³⁹⁴.

Claramente, apresenta-se uma diferença entre direito de visitante e direito à hospitalidade, em que o primeiro demonstra a instrumentação das vontades entre o Estado receptor e o visitante, os quais buscam no direito positivo as normas claras de mútuo benefício, pois se baseiam no objeto infame da *lex mercatória*, já o segundo direito é oriundo da essência humana, ou seja, independente de tratados formais, o outro é igual a nós, e a empatia deve prevalecer sobre a regra jurídica na defesa do migrante, seja em sua permanência temporária ou definitiva.

Destarte, as relações entre povos e nações envolvem atos de sub-rogação, e vai mais além do que um dever moral, e sim um direito moral oriundo do reconhecimento de todos os direitos de humanidade na pessoa do outro³⁹⁵.

Com isso, verificam-se as consequências jurídicas do direito ao asilo e refúgio nos dias atuais, que passam a ter sentido de obrigações morais recíprocas e não

³⁹² Ibid., p. 31.

³⁹³ Ibid., p. 34.

³⁹⁴ BENHABIB, Seyla. **The right of others**: aliens, residents and citizens. Cambridge: Cambridge University Press, 2004., p. 32.

³⁹⁵ KANT, Immanuel. **A paz perpétua**. Um projeto filosófico. Tradução: Artur Morão. Textos práticos da Filosofia. Direção da Coleção: José Rosa & Artur Morão. Título original: A Paz Perpétua. Um Projecto Filosófico (1795). Universidade da Beira Interior Covilhã, 2008. p. 35. *E-book*. Disponível em: http://www.lusosofia.net/textos/kant_immanuel_paz_perpetua.pdf. Acesso em 03 set. 2020.

mais como normas impostas às condutas dos indivíduos e grupos, no momento que entram nos territórios dos Estados.

Para isso, o direito à hospitalidade implica um direito moral, com consequências legais, pois as obrigações dos Estados receptores de autorizar a permanência de estrangeiros em seus territórios de maneira temporária tem como base uma ordem republicana cosmopolita.³⁹⁶

De igual forma para Kant o direito de visita não é delimitado pelo tempo, apenas se define como direito ao acesso a terras além de seu Estado-Nação, mas que implica fortemente na diferença da hospitalidade, que se trona mais prolongada, e que na atualidade se evita com a restrição ao direito de ir e vir entrar e sair em outro país.

No entanto, este direito perpassa por dilemas, entre eles o principal é conseguir a forma de impor obrigações válidas e compromissos legais, quando da falta de aquiescência de um Estado em dar hospitalidade ao estrangeiro migrante. Em resposta, deve-se partir da premissa de que todos os indivíduos tem a capacidade de se associarem e de que a superfície da terra é comum a todos os seres humanos³⁹⁷.

A ideia de posseção comum da terra pelos seres humanos pressupõe que seu uso seja pacífico e não coloque em risco a vida de todos, inclusive os nativos. A preservação do bem-estar é indissociável da posseção. Por isso, a compreensão de igualdade entre os nacionais de um Estado e os migrantes deveria ser a consequência do uso racional do mundo por todos.

No entanto, defeitos e virtudes podem ser identificados na defesa da posseção comum da terra, pois justifica a expansão colonial ocidental e a legítima na época kantiana, e de outro lado cria as bases de direitos dos seres humanos de associar civilmente, desde que se compreenda que as terras são limitadas, e assim possa existir o desfrute comum de seus recursos naturais³⁹⁸.

³⁹⁶ Ibid., p. 37.

³⁹⁷ BENHABIB, Seyla. **The right of others**: aliens, residents and citizens. Cambridge: Cambridge University Press, 2004, p. 35.

³⁹⁸ KANT, Immanuel. **A paz perpétua**. Um projeto filosófico. Tradução: Artur Morão. Textos práticos da Filosofia. Direção da Coleção: José Rosa & Artur Morão. Título original: A Paz Perpétua. Um Projecto Filosófico (1795). Universidade da Beira Interior Covilhã, 2008. p. 38. *E-book*. Disponível em: http://www.lusosofia.net/textos/kant_immanuel_paz_perpetua.pdf. Acesso em 03 set. 2020.

Kant rechaça a ideia defendida por John Locke. E passa a indagação: O que se justifica a premissa kantiana de que a posse da terra é comum? Uma vez a terra já sido apropriada, outros não tem direito de possuí-la, e se deve respeitar as relações de propriedade existentes, pois se assim fosse toda comunidade tem o direito de defender sua posse contra aqueles que buscam acesso a seus territórios³⁹⁹.

Assim, a defesa da propriedade comum da terra é decepcionante em quão pouco ajuda a explicar a base da lei cosmopolita, gerando uma imprecisão na formulação do direito à hospitalidade, pois dá motivos fortes para um povo soberano rechaçar o migrante, sob a alegação da destruição da terra adquirida por aquela nação.

A problemática da posse comum das terras, pelas pessoas, atravessa as premissas de esfericidade global, ou seja, como a terra é um globo, e não um plano reto é inevitável o contato entre os homens, e o direito a uma posse comum é um direito cosmopolita, pois a sua superfície não é ilimitada, mas fechada, e que os conceitos de estados e nações levam, indubitavelmente, à ideia de um Direito Cosmopolita, já que permite à comunicabilidade de todos os seres humanos⁴⁰⁰.

O acima exposto não implica a obrigação de tratar os estrangeiros com respeito e dignidade, pelo simples fato de a terra ser redonda, ou pelo fato de que em todo lugar o castelo é construído na areia e o meu também deveria ser. Esta premissa da esfericidade não se sustenta de maneira possível, pois se constitui como dado objetivo, condição de realidade empírica nos quais os agentes humanos estão inseridos.

Deve-se quebrar o paradigma objetivo da esfericidade kantiana, e compreender a superfície esférica da terra como uma circunstância de justiça, pois todos são mortais, membros de uma mesma espécie, e afetados em comum por necessidades básicas, para assegurar a sobrevivência da humanidade, e, isto produz condições construtivas do entendimento de Justiça, e que a esfericidade da terra, para Kant, funciona apenas como condição limitante da liberdade externa⁴⁰¹.

³⁹⁹ BENVHABIB, op. cit., 2004. p. 38.

⁴⁰⁰ BENVHABIB, Seyla. **The right of others**: aliens, residents and citizens. Cambridge: Cambridge University Press, 2004, p. 36

⁴⁰¹ Ibid., p. 39.

Devido ao exposto, a esfericidade da terra é agente limitador da liberdade externa, além do território físico na relação com outros povos e Estados, gerando uma premissa justificada no argumento do estabelecimento do Direito Cosmopolita.

É no exercício de ações que a liberdade externa leva à necessidade de cruzar fronteiras e entrar em contato com outros seres humanos de outras terras e culturas, gerando a seguinte compreensão:

- a) que a superfície da terra será distribuída entre as repúblicas individuais;
- b) que são necessárias condições de direito que regulem as transações entre estas repúblicas;
- c) que estas condições encontrem respaldo correspondente aos direitos de hospitalidade e permanência⁴⁰².

A partir da reconstrução do conceito de liberdade externa kantiana, consegue-se uma melhor releitura do Direito Cosmopolítico.

O Princípio da não Devolução, que foi incorporado no Estatuto dos Refugiados, de 1951, define que os Estados signatários não podem devolver os refugiados e solicitantes de asilo ao seu país de origem, se existe claro perigo a sua vida e liberdade. Em contrapartida, os Estados signatários podem, em seus regramentos internos, definir - a seu interesse - o que é vida e liberdade, como forma de burlar ou dificultar a entrada de estrangeiros, seja na modalidade de asilo ou refúgio.

Kant, ao definir a negativa de ingresso em seu território como uma autodestruição, não previa esses atos como forma de equilíbrio de interesses dos refugiados e do Estado receptor, ou seja, as necessidades morais dos outros frente aos nossos interesses próprios se torna impreciso⁴⁰³. Assim, haveria exceção apenas quando estiverem em risco a liberdade e a vida do refugiado, fora essas excepcionalidades, as restrições de entrada podem ser manipuladas pelo Estado, com seu soberano, e, conseqüentemente, não considerando como um dever incondicional a liberdade o bem-estar do refugiado.

⁴⁰² Ibid., p. 40.

⁴⁰³ KANT, Immanuel. **A paz perpétua**. Um projeto filosófico. Tradução: Artur Morão. Textos práticos da Filosofia. Direção da Coleção: José Rosa & Artur Morão. Título original: A Paz Perpétua. Um Projecto Filosófico (1795). Universidade da Beira Interior Covilhã, 2008. p. 37. *E-book*. Disponível em: http://www.lusosofia.net/textos/kant_immanuel_paz_perpetua.pdf. Acesso em 03 set. 2020.

O direito universal de hospitalidade, que pertence a toda a pessoa, impõe um dever moral imperfeito de ajudar e oferecer refúgio a todos que estão com a vida em perigo, sua integralidade e seu bem-estar. Sua imperfeição está no fato de que permite exceções e pode ser anulado por motivos legítimos de autopreservação, ou seja, não há como conceder refúgio caso coloque em perigo a própria vida e segurança das pessoas do Estado receptor⁴⁰⁴.

Com isso surgem questionamentos oriundos de uma filosofia moral, para se analisar a amplitude da obrigação para com o outro:

- a) é moralmente permitido recusar refúgio aos necessitados, pois estariam os valores culturais sendo alterados?;
- b) a preservação de uma cultura constitui numa premissa baseada na legítima autopreservação?
- c) é permitido negar refúgio quando grandes quantidades de pessoas possam diminuir a qualidade de vida na sociedade receptora?;
- d) e qual é o nível de bem estar das pessoas do Estado receptor pode ser alegado como motivo de negação de entrada de perseguidos, necessitados e oprimidos?⁴⁰⁵.

Os governos, ao formularem políticas públicas para refugiados e asilados, utilizam de maneira implícita uma distinção entre deveres perfeitos e imperfeitos, enquanto os grupos de direitos humanos, como os defensores de asilados e refugiados, pautam-se em demonstrar a obrigação de hospitalidade, a quem realmente necessita de forma imperiosa, e que não deve ser limitado ou mitigado pelos interesses próprios⁴⁰⁶.

O sistema internacional de povos e Estado caracteriza-se por uma interdependência extensa aliada aos cruzamentos históricos, tanto é que os alcances das obrigações morais especiais e gerais transcendem, e muito, a perspectiva de um sistema centralizado no Estado, com sua delimitação territorial. Em troca, defende-se uma perspectiva de sociedade mundial com o ponto de partida correto para alegar razões das obrigações para além-fronteiras.

⁴⁰⁴ BENVABIB, Seyla. **The right of others**: aliens, residents and citizens. Cambridge: Cambridge University Press, 2004, p. 44.

⁴⁰⁵ BENVABIB, Seyla. **The right of others**: aliens, residents and citizens. Cambridge: Cambridge University Press, 2004, p. 46.

⁴⁰⁶ Ibid., p. 48.

Apesar de parecer anacrônica, a alegação kantiana não se preocupa com os mais necessitados, excluídos e pobres, e sim de igual maneira com o iluminismo dos europeus, buscando outros povos e se apropriando de suas riquezas. Dessa maneira, para ele o direito de buscar uma associação civil e de abordar as pessoas é um direito humano fundamental⁴⁰⁷.

O elucidado retro distinguiu o Kant da tese Lockiana, na qual tudo ao redor do homem não possui dono desde que não tenha sido possuído. Na realidade, o direito de buscar uma associação humana está no centro do direito à hospitalidade. Ele celebra a nave e o camelo como forma de reduzir as barreiras entre comunidades locais e reunir a espécie humana, e a negativa desse direito a comunicar-se entre as comunidades e os povos é contrário ao Direito Cosmopolita⁴⁰⁸.

De forma paradoxal as relações comerciais, mesmo que pautadas no valor econômico, traz, de maneira indireta, o aumento e incremento dos contatos com outros povos e culturas, e que, pela razão humana, pode unir-se mais e mais em uma constituição cosmopolita.

Noutra perspectiva, surgem questionamentos acerca da possibilidade ou não da residência permanente do estrangeiro causa implicações políticas, ou igualdade de direitos com os nativos do Estado soberano receptor.

Em resposta, está o fato de todos serem membros da raça humana, que de forma automática participam de uma ordem cível pela condição legal de associação entre si, uma conversão⁴⁰⁹. Essa condição humana requer uma premissa de que o ser humano faz parte de um ente político republicano, como condição de ser cidadão, por isso diferencia-se governo mundial de federação mundial. Mesmo não sendo pertencentes a uma república ou federação, os migrantes são peças integrantes da raça humana e dignos de respeito em direito políticos ou sociais.

⁴⁰⁷ KANT, Immanuel. **A paz perpétua**. Um projeto filosófico. Tradução: Artur Morão. Textos práticos da Filosofia. Direção da Coleção: José Rosa & Artur Morão. Título original: A Paz Perpétua. Um Projecto Filosófico (1795). Universidade da Beira Interior Covilhã, 2008. p. 40. *E-book*. Disponível em: http://www.lusosofia.net/textos/kant_immanuel_paz_perpetua.pdf. Acesso em 03 set. 2020.

⁴⁰⁸ BENHABIB, op. cit., 2004, p. 49.

⁴⁰⁹ KANT, Immanuel. **A paz perpétua**. Um projeto filosófico. Tradução: Artur Morão. Textos práticos da Filosofia. Direção da Coleção: José Rosa & Artur Morão. Título original: A Paz Perpétua. Um Projecto Filosófico (1795). Universidade da Beira Interior Covilhã, 2008. p. 42. *E-book*. Disponível em: http://www.lusosofia.net/textos/kant_immanuel_paz_perpetua.pdf. Acesso em 03 set. 2020.

No mundo globalizado, todavia, o direito cosmopolita iniciado por Kant apresenta-se como norteador da solução dos atuais problemas mundiais, fugindo da centralidade humana, para temas ambientais, terrorismo internacional, e outros, mas que se conecta de forma tal, que acarretam riscos à humanidade, e que somente a empatia apresenta-se como mecanismo de aceitação das pluralidades da sociedade⁴¹⁰.

Apesar da distância enorme na efetivação destas proposições kantianas, o cosmopolitismo jurídico se torna meio teórico factível para a ampliação e concretização de direitos aos migrantes pelo mundo, através de sua visão jurídica, na relação entre o cosmo e o ser humano, para o respeito de sua dignidade.

Kant, porém, não contava com o nacionalismo dos Estados, o que possibilitou o sentimento de pertencimento a um local, nação ou território, minando o ideal cosmopolita, pois não havia um cosmos, mas sim uma vinculação ao unitário⁴¹¹.

Em contrapartida, esses elementos formam uma união política compartilhada, baseada no sentimento de responsabilidade de uns com os outros, e somente a nação consegue estabelecer um perfil coletivo oriundo do caldo cultural lastreado na identidade coletiva, criando uma solidariedade mundial⁴¹².

Nessa toada, para Habermas, é necessário à manutenção dos Estados e suas ligações, através de um processo cognitivo, sem a necessidade, como Kant defendia, da saída de ligação do indivíduo com o seu Estado-Nação para passar a pertencer a uma comunidade mundial de federações, e, assim, à cidadania universal.

A cidadania universal perpassa também pela ideia de perfeição humana, pois esta, em todo o globo, é a única ser detentora da razão, e com ela pode usar todas as disposições naturais ao seu alcance, propiciando uma cidadania global⁴¹³.

Essa perfeição apresenta-se como alicerce antropológico da possibilidade de uma cidadania mundial, já que o ser humano não é devedor de seu ser, ou de seus

⁴¹⁰ BECK, Ulrich. **Sociedade de risco**. Rumo a uma outra modernidade. Tradução: Sebastião Nascimento. 2. ed. São Paulo: 34, 2011.

⁴¹¹ HABERMAS, Jürgen. O projeto kantiano e o ocidente dividido. In: HABERMAS, Jürgen. **O ocidente dividido**. Rio de Janeiro: Vozes, 2006. p. 115-204.

⁴¹² HABERMAS, Jürgen. **A inclusão do outro**: estudos de teoria política. São Paulo: Loyola, 2007, p. 156

⁴¹³ KANT, Immanuel. **Ideia de uma história universal de um ponto de vista cosmopolita**. Org. Ricardo R. Terra. Tradução: Rodrigo Naves. 3. ed. São Paulo, 2011. p.45.

direitos em uma sociedade, na qual confina o indivíduo, para que este seja submisso às regras previamente determinadas de um isolamento desnecessário ao crescimento da humanidade, pois ser cidadão do mundo e ser cidadão da civilização é a mesma coisa, componente essencial para a construção do mundo⁴¹⁴.

De maneira paradoxal, a mesma perfectibilidade não traduz na perfeição da razão humana, como finita e acabada, mas sim sendo uma propriedade inerente à espécie humana e não individual, que por isso está apta à cultura e à evolução por uma dinâmica aberta e contínua, ou seja, o indivíduo é do mundo, foi feito para isso, sempre apreender para compreender que suas realizações nunca estão terminadas e sempre a construir de forma contínua.

A cidadania universal ou mundial não se impõe com o corte abrupto das pessoas de seu local de pertencimento, da sua comunidade, da sua família, mas sim fortalecendo uma aliança com esses entes, para a construção de sociedade pautada na humanidade, para a qual o “reino dos fins” kantiano torna-se um norte regulamentar das práticas morais e políticas, e o comportamento humano teria como objetivo o respeito, e a igual dignidade a todos, independentemente da escolha moral de cada um de nós⁴¹⁵.

Os cidadãos do mundo não precisam cortar laços com suas idiossincrasias, pois as riquezas da sua condição humana estão nos seus locais de pertencimento, mas sim realizar uma inclusão do círculo de convivência a outro círculo maior ainda, que é a humanidade, vista como um todo, e, na somatória das diferenças, encontra-se a unidade humana⁴¹⁶.

De igual forma, a institucionalização do direito a uma cidadania universal perpassa pela necessidade do desenvolvimento do cosmopolitismo jurídico mediante um processo que envolve todos os componentes do globo, mas que, com a mundialização e a globalização, já se encontra a pleno vapor, atuando de maneira diferente do Estado-Nação, ou seja, não mais fica estanque e separado, mas interligado e conectado, em um espaço próprio e não o do direito internacional.

⁴¹⁴ CASTILLO, Mônica. Significados do cosmopolitismo kantiano. **Raison Presente**, Paris, v. 201, n. 1, p. 17-19., 2017.

⁴¹⁵ NUSSBAUM, Martha. **Fronteiras da justiça**. Deficiência, nacionalidade e pertencimento à espécie. São Paulo: Martins Fontes, 2013. p.13.

⁴¹⁶ Ibid., p.15.

Ao pensar em cosmopolitismo, inicialmente pode-se ter a ideia de ter o mundo como seu, ou seja, nasce com a vontade de uniformizar os conteúdos de uma sociedade global, de homogeneizar o heterogêneo e esquecer as peculiaridades e idiossincrasias de cada lugar, como queriam os nazistas em sua loucura de raça superior⁴¹⁷.

Ter o mundo na visão cosmopolita, baseada na humanidade, seria ter um horizonte de possibilidades, como também a consciência da finitude do cosmos, mas de defender uma nova razão jurídica para além dos modelos conhecidos, que não conseguem compreender a rapidez das relações no mundo global, de modo especial os deslocamentos humanos, que, cada vez mais, são comuns e não um evento esporádico⁴¹⁸.

Considerando a exposição retro, a sociedade consegue escapar dos modelos pré-definidos de relações sociais entre as pessoas, deixando de aceitar a loteria da natureza, os designios do divino, ou qualquer outra justificativa discriminatória do diferente, daquele que “não pertence a este local”, o migrante.

Deve-se modificar o olhar, e conhecer que seu pertencimento é de algo maior, e não somente daquela fronteira delineada, e que os movimentos do globo e das relações são consequências inexoráveis da mundialização, o que torna possível um universalismo de diferenças, ou seja, um multiverso, que tem como características as multiplicidades de tempos e lugares, que ultrapassa Kant, mas sem esquecer seus ensinamentos⁴¹⁹.

O ideal humano de se fixar em instituições que são permanentes leva a uma visão cega e deturpada do cosmopolitismo jurídico, que somente é rebatida com a capacidade do ser humano de criar, principalmente novas instituições, ou de aprimorar as que existem, sempre tendo como norte os princípios democráticos da defesa das futuras gerações, pois somente assim consegue balizar os movimentos

⁴¹⁷ FOESSEL, Michel. **Après la fin du monde**. Critique de la razón apocalyptique. Paris: Seuil, 2012, p.259.

⁴¹⁸ DELMAS-MARTY, Mireille. **Aux quatre vents de monde**. Petit guide de navigation sur l'océan de la modalisation. Paris: Seuil, 2016, p.45.

⁴¹⁹ GUÉNANCIA, Pierre. L'idée de nation d'un point de vue cosmopolitique. **Revue Espitit**, [S.l.] Junho de 2008. Disponível em: <https://www.cairn.info/revue-espitit-2008-6-page-67.htm>. Acesso em: 18 de Junho de 2022.

globais em defesa dos Direitos Humanos, como acontece nas cortes internacionais⁴²⁰.

Ao se aprimorar as instituições com o ideal cosmopolita, deve-se levar em conta a maior participação dos cidadãos em suas esferas, que devem influenciar as interações mundializadas, pois, assim, a compreensão do pertencimento ao cosmos e a um todo se reafirma e se consolida, desaguando na quebra dos paradigmas do isolamento do Estado, gerando, assim, a aceitação de uma cidadania universal plena e capaz de integrar todos de forma a não mais existir o “diferente”.

Já para os teóricos da democracia cosmopolita, a possibilidade de criação de parlamentos regionais, ou até uma corte mundial de direitos humanos são compatíveis com o cosmopolitismo jurídico, pois buscam a igual dignidade de forma efetiva. As instituições globais existentes no sistema da Organização das Nações Unidas (ONU), que buscam a defesa dos Direitos Humanos, devem ser melhoradas e intensificadas, não se esquecendo dos meios processuais e institucionais criados, que demonstram uma formidável evolução, mas que ainda se encontram atreladas por demais aos Estados⁴²¹.

Como ferramenta de implementação universal dos direitos humanos, base do cosmopolitismo jurídico, e essência do direito de migrar, as jurisprudências das cortes internacionais de defesa de direitos humanos são usadas através de uma conversação constitucional entre os magistrados de cada Estado e da Corte, desarmando travas nacionais, que impedem a verdadeira proteção desses direitos⁴²².

De igual forma, a doutrina kantiana dentro da Paz Perpétua, deve evoluir na atualidade, pois o capitalismo fez existir, e ainda faz, a luta de classes, potencializando o risco da paz, bem como empresas transnacionais modificam as funções normativas do Estado ao criar regras globais em meios eletrônicos, como

⁴²⁰ CHAUVIER, Stéphane. **Le cosmopolitisme institutionnel n’ est-il qu’um aimable utopie ?**. In: FROUVILLE, Oliver de. **Le cosmopolitisme juridique**. Paris: Pedone, 2015, p. 209-218.

⁴²¹ SALDANHA, Jânia Maria Lopes. **Cosmopolitismo jurídico**: teorias e práticas de um direito emergente entre a globalização e a mundialização. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2008. p. 98.

⁴²² NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**. São Paulo: Martins Fontes, 2012. p. 28.

novos espaços globais sem as fronteiras tradicionais de alcance jurídico do Direito⁴²³.

Agora, a Paz Perpétua não é mais entre estados, em uma federação, mas sim num espaço mundial, sem fronteiras, em que o ser humano desloca-se mais facilmente, e que as fronteiras são meras ficções jurídicas de um mundo esquecido de soberanias solitárias e sem conexão.

Atualmente, a sociedade é cosmopolita, os deslocamentos humanos são contínuos e relevantes, o que se impõe a necessidade dos direitos humanos ocuparem o papel político e jurídico relevante na construção de uma identidade política comum, no entanto, a centralização das forças no mundo ocidental, que de maneira direta ou não coloca seus valores morais sobre os direitos humanos a todos, demonstrando a necessidade de modificação para um papel mais global e plural, tendo o mínimo existencial como base inicial para a compreensão da humanidade⁴²⁴.

Os direitos humanos na pesquisa cosmopolita devem existir primeiro porque o ser humano é elevado a sujeito de direito na seara internacional e nacional, dentro da ideia kantiana inicial de que a paz perpétua só é atingida se considerar a igualdade de todos os entes que compõem o mundo, bem como uma constituição mundial oriunda de maneira indireta da soma das declarações universais de direitos humanos e diversos tratados e pactos que reflitam esta compreensão⁴²⁵.

Assim, considerando a dificuldade de colocar em prática o direito cosmopolita, especialmente de conceder um verdadeiro direito migratório pleno, duas dimensões devem existir, sendo a primeira oriunda do modelo clássico e tradicional do Estado-Nação e sua atuação na seara internacional, que se relaciona, de forma intergovernamental e interestatal, pois seus poderes de intervenção e de decisão são com outros Estados e governos. Já a segunda dimensão de caráter institucionante é composta pelas cosmopolitas, que se baseiam na igualdade entre

⁴²³ HABERMAS, Jurguen. **A inclusão do outro**: estudos de teoria política. São Paulo: Loyola, 2007. p. 170.

⁴²⁴ SALDANHA, Jânia Maria Lopes. **Cosmopolitismo jurídico**: teorias e práticas de um direito emergente entre a globalização e a mundialização. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2008. p. 110.

⁴²⁵ SALDANHA, Jânia Maria Lopes. **Cosmopolitismo jurídico**: teorias e práticas de um direito emergente entre a globalização e a mundialização. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2008. p. 115.

os cidadãos e estariam destinadas a contrapor os Estados e tratar o ser humano como habitante do planeta e não de uma gleba territorial como forma de origem jurídica na defesa de seus direitos, e sim na ordem mundial, desaguando inexoravelmente em uma cidadania universal efetiva, igualitária e principalmente possível⁴²⁶.

Com isso, passa a existir um pluralismo institucional entre os Estados e as cosmopolitas, em um âmbito além do nacional, que tem como objetivo aumentar a participação do indivíduo, como queria Kant, mas, desta feita, independente da sua vinculação a um Estado pela sua nacionalidade, mas como ente político cosmopolita detentor de igual dignidade e, por conseguinte, um real Direito de Migrar, sem amarras, sem fronteiras, apenas com sua humanidade respeitada.

Na mesma forma, para que haja a institucionalização prática do cosmopolitismo jurídico pelas cosmopolitas e suas aplicações em espaços para além das fronteiras nacionais westfalianas se fazem necessário uma compreensão da democracia sob uma visão, que possibilite a politização do ser humano em todo o globo, e o respeito de sua condição humana.

O espaço público, que em Kant se configurava pelas regras do direito das gentes, deve ser substituído pelo direito cosmopolita, pois a vontade da comunidade dos povos atravessa fronteiras, cria regras transnacionais, ou seja, não há mais somente as relações internacionais entre os Estados, mas sim entre cidadãos do mundo, em qualquer lugar, em qualquer hora, sem amarras, sem grilhões de um soberania solitária⁴²⁷.

Ao partir da compreensão de que esse espaço seja uma metáfora, autoriza o indivíduo a uma liberdade plena e sem correntes de ligação ao Estado-Nação para discutir seu destino, pois sua ligação é com o mundo, sendo este local uma rede comunicacional que permite e cria condições ideais do ser humano ser sujeito e ator para consolidar seus direitos, interagindo e trocando opiniões comuns sobre problemas coletivos e difusos⁴²⁸.

⁴²⁶ LOURME, Louis. L'usage des frontières d'un point de vue cosmopolitique. **Revue internationale d'éthique sociale et gouvernementale**, [S.l.], v. 17, p. 8. 2015.

⁴²⁷ HABERMAS, Jürgen. **De l'usage pública des idées**. Paris: Fayard, 2005. p. 203.

⁴²⁸ Id. **A inclusão do outro**: estudos de teoria política. São Paulo: Loyola, 2007. p. 170.

Nesse trilhar, deve-se entender também tal espaço como um princípio que determina um contexto para coordenar ações, com uma linguagem, e, assim, construindo um local de razões, que é familiar às partes, que pode ser nacional ou não, transnacional, ou supranacional, mas que não estão acorrentadas as amarras de uma fronteira, e sim a uma cidadania universal.

A evolução de uma ideia de esfera pública habermasiana, para um pensamento em rede, na qual ocorre a comunicação de conteúdos, opiniões e decisões, em muito se assemelha às interligações sistêmicas de Capra⁴²⁹ e de Luhmann⁴³⁰, já que as interações de fatores e das partes criam uma rede lógica de razões, mas que, como tal, não é permanente, mas dinâmica, demonstrando que, a cada dia, atores se apresentam em todo lugar e em qualquer momento, sem definições prévias nas normas jurídicas de sua atuação, apenas nas razões de regras e códigos de condutas, forçando estados a se reinventarem, seja no ideal de soberania, seja na relação com o globo.

De igual forma, o ambiente democrático permanente propicia uma ampliação da base cívica da sociedade, do Estado e, com isso, passa a existir uma interação das redes dos espaços públicos nacionais, principalmente na Europa, sendo impulsionando por meios comunicativos como a internet. Não obstante, esta interação perpassa pela empatia, que é o alicerce fundante da solidariedade de uma sociedade, antes mesmo da comunicação com o outro, o que se inicia a interação social entre os Estados.

A esfera pública se alarga e vai além dos limites de seu território e da sua cultura, fazendo um desenho de cosmopolitização da Europa e de transnacionalização dos espaços públicos nacionais. Esse fenômeno é chamado *constitucionalização do direito internacional*, ou seja, os Estados nacionais, através do trabalho em rede, complementam os poderes nacionais, para que haja uma maior promoção e proteção dos direitos humanos e da governança global⁴³¹.

⁴²⁹ CAPRA, Fritjof. **A teia da vida**. São Paulo: Cultrix, 2007. p.25.

⁴³⁰ LUHMANN, Niklas. **La sociedad de la sociedad**. Traducción de Javier Torres Nafarrate. México: 2007. p. 110.

⁴³¹ HABERMAS, Jurguen. **De l'usage public des id'ee**. Paris: Fayard, 2005. p. 210.

Também a permeabilidade em vários níveis da sociedade, a interdependência entre eles faz com que o Estado-Nação perca protagonismo na esfera pública e abra espaço para outros atores privados gerirem a defesa de direitos humanos.

É a existente interdependência que proporciona o aparecimento de organizações internacionais com competências regionais, e que sua pauta deve ser a democracia, mostrando claramente a assimilação do estado da necessidade de remodelação de sua política tradicional estratégica, que agora passa a ser interligada a malhas de comunicação, de negociações e com discursos transnacionais para todos⁴³².

Em um processo avançado, a Europa não está mais preocupada com a paz perpétua e sim com o fenômeno da mundialização, que gera a substituição do político pelo economista, e demonstra o descompasso das diretrizes econômicas das sociais, que somente pode ser resolvido com o aumento dos espaços participativos dos indivíduos em assuntos que envolvam as políticas públicas de uma região e de um país⁴³³.

Os referidos espaços públicos estão em plena construção normativa, não há uma consolidação, e isto é possível, pois se aceitam diversos assuntos e razões como interesses de igrejas, intelectuais, movimentos sociais, economia, desemprego, mas que também traz enorme fragilidade, pois existem déficits democráticos em assuntos pós-nacionais, sem a plena transparência necessária para a efetiva integração dos nacionais e não nacional.

A esfera pública era vista em sua composição por agrupamento de indivíduos, mas, agora, é formada por grupos auto-organizados, que demandam seus interesses, como também os comuns, e que têm origem na solidariedade como o Fórum Social Mundial.⁴³⁴

Os movimentos globais demonstram a falta de conectividade social dos Estados para ouvirem suas demandas, mas trazem agora, de forma mundial, os

⁴³² SALDANHA, Jânia Maria Lopes. **Cosmopolitismo jurídico**: teorias e práticas de um direito emergente entre a globalização e a mundialização. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2008. p. 117.

⁴³³ FERRY, Jean-Marc. Dix thèses sur la question de l'État européen. **Droit et société**, [S. L.], n. 53. 2003. p.15-16.

⁴³⁴ FERRY, Jean-Marc. Dix thèses sur la question de l'État européen. **Droit et société**, [S. L.], n. 53. 2003. p.18.

problemas antes locais, e com a forma da mundialização da defesa dos direitos humanos tentam ser ouvidos.

A ausência de normatividade em uma esfera pública global, mas que é representada por expressões e interações de movimentos sociais demonstra que o cosmopolitismo institucional, no qual seria uma engenharia de instituições destinada a cosmopolitizar a vida da humanidade, desde que considerem as peculiaridades locais, as raízes culturais e o multiculturalismo, e diferentes línguas, mas que reconhecem o ferimento de bens e valores universais que dizem respeito a todos⁴³⁵.

As instituições globais como a Organização Internacional do Trabalho (OIT), Organizações das Nações Unidas para Educação, Ciência e Tecnologia (UNESCO), ACNUR são instâncias de serviços globais que impõem mecanismos internacionais decisórios em todo o globo, através das conferências da ONU, mesmo que aos Estados caiba a palavra e o direito em seus domínios.

O Estado aberto é capaz de ser um defensor do cosmopolitismo jurídico, pois a proteção do Estado de Direito, dos direitos humanos, e da democracia passa pelo reconhecimento estatal de sua insuficiência de respostas legais da mundialização, e que sua resposta é a abertura a normas internacionais e instituições globais, como forma de evolução da construção de um direito cosmopolita⁴³⁶.

Eleva-se, no entanto, uma preocupação com o medo e receio da inexistência de uma estabilidade política, jurídica e social entre o Estado e o ambiente internacional, com a perda de identidade nacional, mas que se supera com a elevação dos indivíduos a cidadãos mundiais e não apenas local.

O cosmopolitismo jurídico, com base na democracia, exige que as políticas externas sejam fundadas na solidariedade, como forma de que atos democráticos legítimos sejam fortes para lutar contra governos autoritários, xenofóbicos, e sem a defesa do direito de migrar, e na outra mão, através da continua permeabilidade normativa do direito das gentes, ao cenário nacional pelo viés internacional das cortes em defesa dos direitos humanos, para consolidar o direito cosmopolita.

Apesar da possibilidade real da existência de uma cidadania universal, são os estados apregoados em um ideal de soberania que recebem os migrantes e

⁴³⁵ CHAUVIER, Olivier de. **Le cosmopolitisme juridique**. Paris: Pedone, 2015, p. 220.

⁴³⁶ HABERLE, Peter. **Estado constitucional cooperativo**. Rio de Janeiro, Renovar, 2007. P .35.

refugiados, o que gera conflitos entre o nacional e o não nacional, tensões estas que se refletem, infelizmente, em manifestações e reformulação de legislações que punem o ser humano de sua humanidade, pois criminaliza o ato migratório “Irregular”, mesmo com as cortes internacionais de direitos humanos proibindo esta prática em suas normas, o que confirma a premissa da não resposta estatal de demandas transnacionais.

Com isso em foco, cada vez mais os Estados cosmopolitas devem fazer um grande esforço na busca de reduzir as tensões, aproximando os migrantes, refugiados e asilados aos nacionais, e o cosmopolitismo jurídico como um conjunto de valores e práticas suscetíveis de serem aplicadas por todas as instituições políticas, por meio de normas progressistas chegue a igual dignidade de todos.

Por fim, são as cortes que possibilitam aos Estados, através da Margem Nacional de Apreciação, regular, implantar, efetivar e, acima de tudo, confirmar o direito de migrar, com base nas perspectivas do direito cosmopolita e do direito a uma cidadania universal.

3 A MARGEM NACIONAL DE APRECIÇÃO COMO INSTRUMENTO PARA O DIREITO DE MIGRAR

Para se compreender a margem nacional de apreciação como instituto jurídico capaz ou não de efetivar o direito de migrar, a partir de suas virtudes e defeitos, faz-se necessário, inicialmente, analisar a internacionalização dos direitos humanos e seus reflexos nos sistemas protetivos globais e regionais para defesa da humanidade.

De igual monta, o direito de migrar produz um meio comunicativo próprio com diversas palavras e situações, que precisam ser entendidas e assimiladas, para que se realize uma melhor crítica da problemática migratória no mundo.

A qualquer pessoa no mundo é dado o direito de migrar como forma da possibilidade de se deslocar em todo o globo, livremente e sem as barreiras impostas pela soberania estatal, ainda amarrada na afirmação de um nacionalismo metodológico capaz de impor ferimentos graves a esse direito humano.

Nessa perspectiva, diversos termos são utilizados como migrante, imigrante, asilado, refugiado, apátrida, entres outros, frutos da barreira do poder soberano dos Estados.

Dentro da seara do direito internacional não existe uma definição universalmente aceita de migrante, e na legislação interna de alguns países a soberania já realiza sua influência em diferenciar do nacional.

Partindo do ponto comum, que é a motivação, pode-se afirmar que o/a imigrante é aquele/a pessoa que, de forme livre e espontânea, sem a interferência externa de fatores como religião, opinião política, cor, raça, opção sexual, desloca-se para outra localidade, bem como famílias inteiras ou parte de agrupamentos familiares, que também buscam novas possibilidades na melhoria de suas condições de vida⁴³⁷.

Ainda na perspectiva de entendimento dos elementos e termos do direito de migrar, ao se conceituar a palavra "emigrante", deve-se considerar pela visão da saída do país de origem, enquanto o termo imigrante se propõe pelo viés da entrada

⁴³⁷ ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL PARA AS MIGRAÇÕES. **Glossário sobre migrações**: Direito Internacional da Migração. Genebra: OIM. v. 22. 2009. p. 41.

em outra nação⁴³⁸.

Há de se ressaltar que o movimento de deslocamento do migrante/emigrante, seja pela fronteira internacional entre países ou dentro de um Estado nacional, são considerados como migração, havendo existência ou não de alguma motivação, e, ao se aplicar a contagem dessas pessoas para efeitos de “controle” do Estado soberano, incide a expressão “fluxo migratório”⁴³⁹.

Caso os movimentos migratórios sejam realizados de acordo com as leis nacionais ou tratados internacionais aceitos pelo país de destino, tem-se a figura jurídica da migração regular/legal, que, de forma restrita pelo dogma westfaliano da soberania, permite a entrada de migrante para o direito de visita e de hospitalidade, o de residência temporária ou permanente, ou por motivos diplomáticos, e, de forma contrária, trata-se de migração irregular ou ilegal.

A aplicação da expressão ilegal no movimento migratório realizado por um ser humano, que por diversos motivos venha a se deslocar e entrar em determinado país sem a devida documentação, gera na comunidade internacional, de forma desnecessária, uma criminalização do direito de migrar, dificultando, expondo e, acima de tudo, potencializando, de forma nefasta, ao máximo a hipervulnerabilidade do migrante nesta situação.

Como bem definiu a organização não governamental Plataforma de Cooperação Internacional sobre Migrantes Indocumentados, em sua campanha sobre uso da palavra ilegal para o migrante indocumentado:

O termo [sic] “migrante ilegal” nunca deve ser usado porque implica criminalidade. Uma pessoa nunca pode ser ilegal. A migração não é um crime. É discriminatório. A ilegalidade como status só é aplicada aos migrantes e usada para negar-lhes seus direitos, e por fim tem impactos reais na política e na percepção do público. Linguagem imprecisa leva a sociedade a aceitar que as pessoas devem ser processadas e punidas⁴⁴⁰.

⁴³⁸ ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL PARA AS MIGRAÇÕES. **Glossário sobre migrações**: Direito Internacional da Migração. Genebra: OIM. v. 22. 2009, p. 44.

⁴³⁹ Ibid., p. 41.

⁴⁴⁰ PLATAFORMA DE COOPERAÇÃO INTERNACIONAL SOBRE MIGRANTES INDOCUMENTADOS. **Campanhas**. Disponível em: <https://picum.org/words-matter/> Acesso em 09 jan. 2023.

Ao se colocar a motivação nos deslocamentos migratórios, surgem as figuras jurídicas mais importantes dentro do direito migratório, como a apatridia, o asilo e o refúgio, que a seguir serão abordados nas esferas globais e regionais de proteção dos direitos humanos, bem como o julgamento desses direitos junto às cortes internacionais de direitos humanos na Europa, Américas e África e o uso ou não da margem nacional de apreciação pelo viés de um instrumento jurídico capaz de conceder o real direito de migrar aos migrantes pelo mundo.

3.1 O DIREITO DE MIGRAR DOS APÁTRIDAS NOS SISTEMAS PROTETIVOS DE DIREITOS HUMANOS NO ÂMBITO INTERNACIONAL, EUROPEU, AMERICANO E AFRICANO E DOS POVOS

Com o fim da Segunda Guerra Mundial, ficou evidenciado como os indivíduos eram relegados pelos Estados nacionais, que não possuíam qualquer legislação protetiva humanitária, o que propiciou a morte de milhões de pessoas, gerando a necessidade de que fossem criados mecanismos internacionais para a proteção de todos⁴⁴¹.

Todavia, antes mesmo do início do fato acima “[...] o Direito Internacional Humanitário, a Liga das nações e a Organização Internacional do Trabalho situam-se como marcos primordiais do processo de internacionalização dos direitos humanos”⁴⁴².

O Direito Internacional Humanitário foi criado como uma lei de guerra, na qual determinam-se limites aos Estados em tempo de conflitos armados, para a proteção de civis e militares combatentes, sejam em disputas internas ou externas, ou seja, traz em seu teor a ideia de diminuição do sofrimento humano durante um ato de beligerância, que poderia durar anos e anos, em diversos aspectos, desde o psíquico até a perda da vida do cidadão⁴⁴³.

⁴⁴¹ GUERRA, Sidney. **Direito Internacional dos direitos humanos**. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 14.

⁴⁴² *Ibid.*, p. 19.

⁴⁴³ LEITE, Carlos Henrique. Bezerra. **Manual de direitos humanos**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 35.

A “lei da guerra” é composta por atos internacionais que incluem: os direitos de Haia, e as quatro Convenções de Genebra de 1949, e, portanto, delimitam os atos praticados em conflitos armados, tendo em comum em seu art. 3:

As pessoas que não participarem diretamente do conflito, incluindo membros das forças armadas que tenham deposto as armas e pessoas que tenham sido postas fora de combate por enfermidade, ferimento, detenção ou qualquer outra razão, devem em todas as circunstâncias ser tratadas com humanidade, sem qualquer discriminação desfavorável baseada em raça, cor, religião ou crença, sexo, nascimento ou fortuna, ou qualquer outro critério análogo⁴⁴⁴.

Já a Liga das Nações, que foi fruto do término da Primeira Guerra Mundial, tinha como objetivo promover a cooperação entre as nações, a segurança internacional, manter a soberania territorial, tudo para assegurar a independência política de seus membros⁴⁴⁵.

Deve-se ressaltar que o Tratado de Versalhes, no qual foi criada a Liga das Nações, taxou sobremaneira tanto financeiramente, quanto arrestou todos os bens da Alemanha vencida e fontes de renda, para o pagamento das reparações aos países vencedores daquele conflito, gerou assim uma convulsão social tamanha, que sua economia entrou em colapso⁴⁴⁶.

Propiciava-se, a partir daí, na política nacional alemã o surgimento de falsos salvadores de pátria, como “Hitler”, que iriam mergulhar o mundo depois na Segunda Guerra Mundial, matando milhões de judeus, homossexuais, ciganos, deficientes mentais e físicos, ou seja, a minoria sem defesa de seus direitos humanos.

Ao fim do segundo conflito mundial, no que concerne à proteção dos direitos humanos, o direito internacional clássico visualizava a proteção desses direitos amarrados a um Estado, para que surgisse efeito no plano externo, não compreendendo o indivíduo como sujeito de direito fora de seu país⁴⁴⁷.

⁴⁴⁴ COMITÉ INTERNACIONAL DA CRUZ VERMELHA. **Artigo 3 comum às quatro convenções de Genebra**. [Genebra, [19--?]Disponível em: <https://www.icrc.org/pt/document/artigo-3o-comum-quatro-convencoes-de-genebra>. Acesso em 19 set. 2022.

⁴⁴⁵ PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. São Paulo: Saraiva, 2006. p.115.

⁴⁴⁶ VINHOSA, Francisco L. T. **O Brasil e a Primeira Guerra Mundial: a diplomacia brasileira e as grandes potências**. Rio de Janeiro: IHGB, 1990.

⁴⁴⁷ CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito constitucional**. Coimbra: Almedina, 1998. p. 669.

Naquela época foram inicialmente potencializados os problemas migratórios já existentes no mundo, como o apátrida, o refugiado e o asilado fruto da grande destruição da estrutura civilizatória, em especial na Europa.

Os dados mais recentes apresentados pelo ACNUR estima-se que exista algo em torno de 4,2 milhões de apátridas em 76 países, não havendo precisão nesses números, que podem ser absolutamente maiores, mostrando, assim, a sua relevância e necessidade de seu estudo, como um direito migratório essencial⁴⁴⁸.

Tem-se a apatridia como fenômeno migratório presente no mundo, que se encontra incluso como direito de migrar, pois a busca de uma nacionalidade perpassa também na travessia de fronteira entre nações e no deslocamento humano.

A nacionalidade indica que determinada pessoa é componente de um corpo social, que está de forma política organizada em uma nação, e em sede de direito internacional abraçado pelo Estado⁴⁴⁹.

Apresenta-se de forma concreta como uma proteção jurídica dada pelo Estado às pessoas naturais dentro e fora de seus domínios territoriais, pois a soberania é excepcionada para além do espaço da nação por tratados internacionais, no caso das embaixadas, navios e aeronaves, para efeitos legais⁴⁵⁰.

A lastimável situação da pessoa apátrida ainda é fruto do poder supremo da soberania do Estado, de forma isolada, que se impõe na seara internacional como condição sem a qual é impossível receber direitos caros à condição humana como a nacionalidade.

Contrário ao exposto, surgiu o ideal cosmopolita de mundo, no qual o ser humano se torna sujeito de direito, pelo seu pertencimento ao cosmos, ao ideal comum de fraternidade e solidariedade, impulsionando esta soberania a ser mitigada através de convenções e tratados internacionais de proteção ao apátrida⁴⁵¹.

⁴⁴⁸ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Alto Comissariado das Nações Unidas para Refugiados (ACNUR)**. [S. l.], [19--? Disponível em: <https://news.un.org/pt/story/2020/11/1732532#:~:text=Embora%20seja%20dif%C3%ADcil%20obter%20dados,n%C3%BAmero%20pode%20ser%20substancialmente%20maior> Acesso em 27 set. 2022.

⁴⁴⁹ BRANCO, Paulo Gustavo; MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de direito constitucional**. São Paulo, Brasil: Saraiva. 2015. p. 39.

⁴⁵⁰ MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. São Paulo, Brasil: Atlas. 2015. p. 45.

⁴⁵¹ HABERMAS, Jürgen. **A inclusão do outro**: estudos de teoria política. São Paulo: Loyola, 2007. p. 156.

É com a fraternidade, que se torna possível a inexistência de pessoas sem nacionalidade, pois na seara internacional de Estados propõe-se a convivência paterna, de forma imposta e não dialogada, gerando a total ausência de direitos ao apátrida⁴⁵².

O apátrida é aquele indivíduo que não detém nenhuma vinculação jurídica, nacionalidade, que seja reconhecida por uma nação soberana, haja vista que por diversos motivos não lhe foi concedido esse direito⁴⁵³.

O primeiro regramento internacional de forma universal, na tentativa inicial da concessão ao direito à nacionalidade foi a Convenção de Haia de 1930, que definiu: art. 1º:

Cabe a cada Estado determinar, segundo a sua própria legislação, quem são os seus cidadãos. Essa legislação será reconhecida por outros Estados na medida em que seja compatível com as convenções internacionais, o costume internacional e os princípios de direito geralmente reconhecidos em matéria de nacionalidade⁴⁵⁴.

No campo dos eventos migratórios mundiais, a ONU, dentro dos seus sistemas protetivos, depois do Estatuto do Refugiado de 1951, criou o Comitê Intergovernamental Provisório para o Movimento de Migrantes da Europa (CIPMME), que, após 1989, foi renomeado como Organização Internacional para as Migrações (OIM), cujo objetivo mais específico é tratar com humanidade e respeito os migrantes, como apátridas, refugiados ou asilados no mundo todo, os quais realizam seus deslocamentos desde motivos ambientais e catastróficos, até políticos e de perseguição devido à raça, opção religiosa ou sexual⁴⁵⁵.

A missão da OIM, além de trazer de forma efetiva a proteção da humanidade dos migrantes, procura realizar com os países que recebem os deslocados, sejam

⁴⁵² RESTA, Eligio. **O direito fraterno**. Tradução: Sandra Regina Martini. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2004. p.23.

⁴⁵³ LISOWSKI, Telma Rocha. A apatridia e o “direito a ter direitos”: um estudo sobre o histórico e o estatuto jurídico dos apátridas. Revista Jurídica da Procuradoria Geral do Estado do Paraná, Curitiba, n. 3. 2012. p. 109.

⁴⁵⁴ ALTO COMISSARIADO DAS NAÇÕES UNIDAS PARA REFUGIADOS. **Manual de procedimentos e critérios para a determinação da condição de refugiados**. De acordo com a convenção de 1951 e o protocolo de 1967 relativos ao estatuto dos refugiados. [S.l.] 26 de junho de 2002. Disponível em: https://www.acnur.org/portugues/wp-content/uploads/2018/02/Manual_de_procedimentos_e_crit%C3%A9rios_para_a_determina%C3%A7%C3%A3o_da_condi%C3%A7%C3%A3o_de_refugiado.pdf. Acesso em: 21 dez. 2022.

⁴⁵⁵ ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL PARA AS MIGRAÇÕES. **OM History**. Genebra: OIM, 2022 Disponível em: <https://www.iom.int/iom-history>. Acesso em 23 set. 2022.

eles membros ou não da ONU, um melhor aperfeiçoamento jurídico e de políticas públicas, e com parcerias privadas, no que concerne à integralização do migrante à nova realidade.

A visão estratégica da OIM para construir um sistema protetivo migratório mundial na defesa da dignidade humana do migrante trabalha com três pilares: a resiliência, que seria fortalecer mediante mecanismos de ajuda a resistência do migrante contra sua vulnerabilidade em um novo país, e para alguns, como mulheres, indígenas, contra a hiper-vulnerabilidade; o segundo seria a mobilidade, conceder meios de locomoção dessas pessoas, para que não sejam atraídas por criminosos, que fazem dos deslocamentos um meio para tráfico de pessoas; e, por último, a governança, como instrumento capaz de regular as estratégias na perspectiva de um sistema eficaz, pleno e coerente na proteção dos migrantes no mundo⁴⁵⁶.

Ainda de acordo com a OIM demonstra-se claramente a ausência de dignidade humana, pois “[...] faltam ao apátrida os direitos decorrentes da nacionalidade: a proteção diplomática do Estado, nenhum direito inerente de permanência no Estado da residência e nenhum direito de regresso caso decida viajar”⁴⁵⁷.

Dentre os motivos relacionados acima, mesmo que ocorra o nascimento de determinada pessoa em solo de um país, lhe é negado o direito a ser um nacional, pois existe um conflito na forma de aquisição dessa condição, ou seja, o indivíduo é filho de estrangeiros e a criança nasce em um Estado, que admite a aquisição da nacionalidade apenas pelo *jus sanguinis*⁴⁵⁸, mas a nação dos pais da criança concede apenas pelo *jus sollis*⁴⁵⁹, gerando assim a apatridia devido a essa confusão legislativa constitucional de dois países⁴⁶⁰.

Existe, ainda, a possibilidade de o apátrida ser ao mesmo tempo refugiado, ou

⁴⁵⁶ ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL PARA AS MIGRAÇÕES. **Glossário sobre migrações**, n.22. Genebra: OIM, 2009, p. 9.

⁴⁵⁷ Ibid.

⁴⁵⁸ É o meio de aquisição da nacionalidade advinda da ascendência da pessoa no seu nascimento, ou seja, de acordo com a nacionalidade dos genitores da criança é que se estabelece este direito. (LISOWSKI, 2012. p. 27).

⁴⁵⁹ É o meio de aquisição da nacionalidade oriunda do local de nascimento da pessoa, ou seja, em território pertencente a um Estado soberano. (LISOWSKI, 2012. p. 29).

⁴⁶⁰ GUERRA, Sidney. **Curso de direito internacional público**. 13. ed. São Paulo: Saraiva Educação. 2021. p. 312.

seja, não conseguiu adquirir sua nacionalidade por total desrespeito a seus direitos humanos, motivando o deslocamento migratório urgente para a proteção de sua vida, e, nesses casos fica protegido pelo Estatuto do Refugiado de 1951⁴⁶¹.

Com resultado, a menção acima confirma-se com os estudos jurídicos junto ao ACNUR formou-se a compreensão de pessoa apátrida em dois tipos distintos: os apátridas de fato, que são aqueles que detêm a nacionalidade de determinada nação, mas se torna ineficaz, devido à necessidade de deslocamento para outro país devido à agressão aos seus direitos humanos, e os apátridas de direito, que não possuem a condição de nacional de nenhum Estado no mundo⁴⁶².

Com o advento da Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 e a criação da Organização das Nações Unidas (ONU), que, em seu preâmbulo, definiu expressamente o pavor ao retorno de uma nova guerra mundial⁴⁶³ e, assim a internacionalização dos direitos, entre eles o migratório, propagou-se pelo mundo, seja pelo medo do retorno dos ideais nazistas, ou da existência de Estados supremos, que não concediam ao povo a verdadeira dignidade humana através da proteção de sua humanidade.

Considerando o acima exposto, confirmou-se a proteção irrestrita, irrevogável, imprescritível, inalienável dos direitos de indivíduos neste mundo, cabendo aos Estados e a toda a sociedade subscrever, e cobrar sua efetividade.

⁴⁶¹ BICHARA, Jahyr-Philippe. **O tratamento do apátrida na nova lei de migração: entre avanços e retrocessos**. Uniceub, Brasília, v. 14, n. 2, 2017. Disponível em: <https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/rdi/article/view/4619>. Acesso em: 10 jan. 2021.

⁴⁶² ALTO COMISSARIADO DAS NAÇÕES UNIDAS PARA REFUGIADOS. **O que é a apatridia?** [S. l.], 2016. Disponível em: <http://www.acnur.org/portugues/quem-ajudamos/apatridas/o-que-e-a-apatridia>. Acesso em: 27 maio 2017. p. 12.

⁴⁶³ **NÓS, OS POVOS DAS NAÇÕES UNIDAS, RESOLVIDOS** a preservar as gerações vindouras do flagelo da guerra, que por duas vezes, no espaço da nossa vida, trouxe sofrimentos indizíveis à humanidade, e a reafirmar a fé nos direitos fundamentais do homem, na dignidade e no valor do ser humano, na igualdade de direito dos homens e das mulheres, assim como das nações grandes e pequenas, e a estabelecer condições sob as quais a justiça e o respeito às obrigações decorrentes de tratados e de outras fontes do direito internacional possam ser mantidos, e a promover o progresso social e melhores condições de vida dentro de uma liberdade ampla. **E, PARA TAIS FINS**, praticar a tolerância e viver em paz, uns com os outros, como bons vizinhos, e unir as nossas forças para manter a paz e a segurança internacionais, e a garantir, pela aceitação de princípios e a instituição dos métodos, que a força armada não será usada a não ser no interesse comum, a empregar um mecanismo internacional para promover o progresso econômico e social de todos os povos. **RESOLVEMOS CONJUGAR NOSSOS ESFORÇOS PARA A CONSECUÇÃO DESSES OBJETIVOS**. Em vista disso, nossos respectivos Governos, por intermédio de representantes reunidos na cidade de São Francisco, depois de exibirem seus plenos poderes, que foram achados em boa e devida forma, concordaram com a presente Carta das Nações Unidas e estabelecem, por meio dela, uma organização internacional que será conhecida pelo nome de Nações Unidas. (ONU, 2022; grifamos).

Há de se ressaltar que a apatridia é instituto sistematicamente ligado com o direito migratório, seja no conflito para a concessão da nacionalidade, entre os fatos geradores, ou, no movimento de deslocamento de uma pessoa sem nação para um Estado que possa acolhê-la, com a mínima concessão de direito humano essencial, de pertencer legalmente a um país.

Tanto que o direito a uma nacionalidade também se apresenta de forma inicial na Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, como início da proteção do direito migratório na sua origem, pois em seu art. 15 define que: “1. Todo o indivíduo tem direito a ter uma nacionalidade. 2. Ninguém pode ser arbitrariamente privado da sua nacionalidade nem do direito de mudar de nacionalidade”⁴⁶⁴.

Dentro do Sistema Internacional de Proteção de Direitos Humanos coordenado pela ONU, após a Declaração Universal, tem-se o Estatuto dos Apátridas, de 1954, como marco inicial na proteção do direito migratório.

De pronto o Estatuto acima mencionado define em seu art. 1 “1 - Para efeitos da presente Convenção, o termo apátrida designará toda a pessoa que não seja considerada por qualquer Estado, segundo a sua legislação, como seu nacional”⁴⁶⁵.

Infelizmente, de maneira paradoxal esse mesmo regulamento, de forma discriminatória e excludente, retira da proteção da condição de apatridia, aqueles que, por ventura, estiverem recebendo auxílio de outro organismo da ONU, exceto do ACNUR, que, uma vez cessado, retorna a sua condição originária⁴⁶⁶.

Noutro aspecto, a referida Convenção conferiu, de forma imediata, direitos antes inexistentes aos apátridas como o de livre circulação, de credo, de educação, de acesso à justiça, buscando equalizá-los à condição de estrangeiros, e não se pode imaginar que essas políticas públicas não sejam no mínimo iniciadas e concretizadas pelo Estado que abriga tais indivíduos, da mesma forma que faz com os refugiados⁴⁶⁷.

⁴⁶⁴ NAÇÕES UNIDAS. **Carta da ONU**. Assinada em São Francisco, a 26 de junho de 1945, após o término da Conferência das Nações Unidas. Artigo 15. Disponível em: <https://brasil.un.org/sites/default/files/2022-05/Carta-ONU.pdf>. Acesso em 27 de setembro de 2022

⁴⁶⁵ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). **Estatuto dos Apátridas**. Nova York, 1954. Artigo 1. Disponível em: <http://www.dhnet.org.br/direitos/sip/onu/asilo/apatr54.htm>. Acesso em 28 set. 2022.

⁴⁶⁶ Ibid.

⁴⁶⁷ LISOWSKI, Telma Rocha. A apatridia e o “direito a ter direitos”: um estudo sobre o histórico e o estatuto jurídico dos apátridas. **Revista Jurídica da Procuradoria Geral do Estado do Paraná**, Curitiba, n. 3. 2012. p. 129.

Os organismos internacionais que zelam pelos direitos humanos, no encalço de, cada vez mais, mitigar a ausência de direitos aos migrantes apátridas, e motivados pela apatridia, no ano de 1961 foi construída a Convenção para a Redução de casos de Apatridia, como uma política pública internacional, dentro do sistema da ONU, na qual os países signatários se comprometiam a realizar, em seu território, determinadas ações no intuito de diminuir ao máximo esta situação.

Dentre as atitudes convencionadas, existe a mais importante de todas, que é a adoção dupla dos meios de aquisição da nacionalidade, seja pela ascendência, o *jus sanguinis*, ou pelo local de nascimento, o *jus sollis*, necessita da alteração legislativa interna de cada Estado-membro signatário, neste sentido. Além disso, os Estados-membro se comprometem a não criar obstáculos para a concessão desse direito por motivo religioso, de raça e políticos⁴⁶⁸.

Não menos importante, a proteção de crianças e adolescentes sem companhia de país e responsáveis; pois os que não possuem documentos e estão em território estrangeiro, presume-se que tenha nascido naquele Estado e têm o direito à nacionalidade⁴⁶⁹.

Neste caminho também, caso exista a perda da nacionalidade dos cônjuges ou de apenas um deles, não haverá a extensão da castração do direito a seus filhos menores, formando-se ainda mais uma rede de proteção aos menores apátridas⁴⁷⁰.

O Estatuto dos Apátridas, apesar de suma importância, ainda tem somente 88 nações signatárias, o que impede, o maior avanço em relação à extinção total da apatridia no mundo, indo de encontro à quantidade de países membros da ONU, que é de 193⁴⁷¹.

Como forma de maior proteção a pessoas apátridas mais vulneráveis, como as crianças, existem instrumentos protetivos, no plano universal fora das convenções habituais e de aplicação transversal. como exemplo, cita-se o Pacto

⁴⁶⁸ VAL, Eduardo Manuel; LIMA, Simone Alvarez. **Soberania e nacionalidade**: As diferentes condutas dos Estados diante da apatridia na América Latina. Londrina: Scientia Iuris.. 2017. p. 23.

⁴⁶⁹ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). **Convenção para Redução de Casos de Apatridia**. Nova York, 30 de agosto de 1961. Entrada em vigor: 13 de dezembro de 1975 Art. 3. Disponível em: https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/portugues/BDL/Convencao_para_a_Reducacao_dos_Casos_de_Apatridia_de_1961.pdf. Acesso em 10 jan. 2023.

⁴⁷⁰ Ibid. Art. 6

⁴⁷¹ NAÇÕES UNIDAS. **Carta da ONU**. Assinada em São Francisco, em 26 de junho de 1945, após o término da Conferência das Nações Unidas. Disponível em: <https://brasil.un.org/sites/default/files/2022-05/Carta-ONU.pdf> Acesso em 27 set. 2022.

Internacional dos Direitos Civis e Políticos de 1966, o qual, mesmo não sendo seu objetivo principal, define a obrigação de concessão de nacionalidade e de seu registro civil, para acabar com a apatridia impúbere⁴⁷².

A Convenção sobre os Direitos da Criança, de 1989, garante e ratifica aos recém-nascidos a concessão regular de nacionalidade viabilizando o registro de pessoas naturais, e, por conseguinte, evita-se a apatridia.⁴⁷³

A Convenção sobre a Proteção dos Trabalhadores Migrantes⁴⁷⁴ e os membros de suas famílias, de 1990, traz o direito à nacionalidade dos filhos de trabalhadores imigrante, como também a Convenção sobre a Eliminação de todas as formas de Discriminação contra a Mulher⁴⁷⁵, de suma importância, pois proíbem os Estados signatários de obrigação em suas leis internas, as mulheres, após o casamento, a perderem a nacionalidade, caso se casem com estrangeiros.

A Convenção sobre a Eliminação de todas as formas de Discriminação Racial, de 1965⁴⁷⁶, impede que exista discriminação devido à raça ou etnia de uma pessoa para que não tenha direito a uma nacionalidade; de igual maneira, na

⁴⁷² ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos**. Art. 24. Adotado pela Resolução n. 2.200 A (XXI) da Assembleia Geral das Nações Unidas, em 16 de dezembro de 1966. Disponível em: br/search?key=Pacto+Internacional+dos+Direitos+Civis+e+Pol%C3%ADticos. Acesso em 27 set. 2022.

⁴⁷³ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Fundo das Nações Unidas para a Infância (UNICEF) **Convenção sobre os Direitos das Crianças**. Adotada pela Assembleia Geral da ONU em 20 de novembro de 1989. Entrou em vigor em 2 de setembro de 1990. Art. 7º e 8º. Disponível em: <https://brasil.un.org/pt-br/search?key=Conven%C3%A7%C3%A3o+sobre+os+Direitos+da+Crian%C3%7a>. Acesso em 28 set. 2022.

⁴⁷⁴ Id. **Convenção sobre a Proteção dos Trabalhadores Migrantes e os Membros de suas Famílias**. Adotada pela Resolução 45/158, de 18 de dezembro de 1990, da Assembleia-Geral (entrada em vigor a 1 de Julho de 2003. Art. 29. Disponível em: <http://acnudh.org/wp-content/uploads/2012/08/Conven%C3%A7%C3%A3o-Internacional-para-a-Prote%C3%A7%C3%A3o-dos-Direitos-Humanos-de-todos-os-Trabalhadores-Migrantes-e-Membros-de-suas-Fam%C3%ADlias.pdf>. Acesso em: 29 de set. 2022.

⁴⁷⁵ Id. **Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher**. Adotada e aberta à assinatura, ratificação e adesão pela Resolução 34/180, da Assembleia Geral das Nações Unidas, de 18 de dezembro de 1979. Art. 9. Disponível em: https://www.onumulheres.org.br/wp-content/uploads/2013/03/convencao_cedaw_1.pdf. Acesso em: 29 set. 2022

⁴⁷⁶ Id. **Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial** Adotada pela Resolução n. 2.106-A 000 da Assembleia Geral das Nações Unidas, em 21 de dezembro de 1965 e ratificado pelo Brasil em 27 de março de 1968. Art. 5º. Disponível em: [https://www.oas.org/dil/port/1965%20Conven%C3%A7%C3%A3o%20Internacional%20sobre%20a%20Elimina%C3%A7%C3%A3o%20de%20Todas%20as%20Formas%20de%20Discrimina%C3%A7%C3%A3o%20Racial.%20Adoptada%20e%20aberta%20%C3%A0%20assinatura%20e%20ratifica%C3%A7%C3%A3o%20por%20Resolu%C3%A7%C3%A3o%20da%20Assembleia%20Geral%202106%20\(XX\)%20de%2021%20de%20dezembro%20de%201965.pdf](https://www.oas.org/dil/port/1965%20Conven%C3%A7%C3%A3o%20Internacional%20sobre%20a%20Elimina%C3%A7%C3%A3o%20de%20Todas%20as%20Formas%20de%20Discrimina%C3%A7%C3%A3o%20Racial.%20Adoptada%20e%20aberta%20%C3%A0%20assinatura%20e%20ratifica%C3%A7%C3%A3o%20por%20Resolu%C3%A7%C3%A3o%20da%20Assembleia%20Geral%202106%20(XX)%20de%2021%20de%20dezembro%20de%201965.pdf). Acesso em: 29 de set. 2022.

Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência de 2006⁴⁷⁷, que proíbe a retirada ou preferência de nacionalidade para pessoa com alguma deficiência física, devendo ser este direito garantido de forma igual sem discriminação nenhuma

Essa problemática continua tão atual, que, no ano de 2014, o ACNUR lançou dentro do sistema protetivo da ONU, o Plano de Ação Global para erradicar a Apatridia com o foco em dez ações no período de 2014 – 2024, para prevenir, entender e acabar com esta situação jurídica, como a seguir demonstrado:

Ação 1 : Resolver as principais situações de apatridia existentes;

Ação 2 : certificar que nenhuma criança nasceu apátrida;

Ação 3 : remover a discriminação de gênero das leis de nacionalidade;

Ação 4 : evitar a negação, perda ou privação de nacionalidade por motivos discriminatórios;

Ação 5: prevenir a apatridia em casos de sucessão estatal;

Ação 6: conceder o status de proteção aos imigrantes apátridas e facilitar sua naturalização;

Ação 7: assegurar registro de nascimento para prevenção de apatridia;

Ação 8: emitir documentação de nacionalidade para aqueles com direito a ela;

Ação 9 : aderir às Convenções da ONU sobre Apatridia

Ação 10: melhorar dados quantitativos e qualitativos sobre populações apátridas⁴⁷⁸.

O relatório do ACNUR do ano de 2014 demonstrou alguns avanços depois da criação do citado Plano Global, com a implantação de política pública em Estados para a redução da apatridia, como na Costa do Marfim, que alterou sua legislação migratória e incluiu povos em seu território que eram apátridas. A Letônia, uma antiga república da União das Repúblicas Socialistas Soviéticas (URSS), naturalizou 77 pessoas que viviam depois de 1940 em seu território, ano do começo do domínio

⁴⁷⁷ Id. **Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência**. Adotada em 13 de dezembro de 2006 (Resolução A/RES/61/106) e aberta à assinatura em Nova Iorque a 30 de março de 2007. Art. 18º. Disponível em: <https://brasil.un.org/pt-br/186941-convencao-sobre-pessoas-com-deficiencia-reforca-inclusao-e-acessibilidade>. Acesso em: 21 dez. 2022.

⁴⁷⁸ ALTO COMISSARIADO DAS NAÇÕES UNIDAS PARA REFUGIADOS. **Plano de Ação Global para Erradicar a Apatridia** (2014-2024). [S. l.] Novembro de 2014. Disponível em: https://www.acnur.org/portugues/wp-content/uploads/2018/02/Manual_de_prote%C3%A7%C3%A3o_aos_ap%C3%A1tridas.pdf. Acesso em: 21 dez. 2022.

russo, ou seja, só era nacional de forma automática quem morava antes daquele ano em seu território⁴⁷⁹.

De acordo com informe da ONU sobre os apátridas de 2011, já se visualizavam casos de sucesso na redução de apatridia na Ásia, como em Bangladesh, em que minorias Bihari estavam sem direito à nacionalidade por mais de 30 anos, e a Corte Suprema daquele país as concedeu em 2008, inclusive dando-lhes direitos inerentes à cidadania como de poder votar na eleição daquele ano. Com efeito, também no Vietnã, em 2009, foi concedida a nacionalidade a mulheres vietnamitas que se casavam com estrangeiros, as quais antes de 2009, ao contrair matrimônio com estrangeiros eram consideradas, por lei, como apátridas⁴⁸⁰.

A Indonésia, em 2006, após modificação legislativa acabou com a apatridia de 100 mil pessoas, pois a lei anterior determinava a perda da nacionalidade indonésia caso a pessoa ficasse mais de cinco anos fora do país, e de igual monta também facilitou que os chineses residentes naquele país adquirissem a documentação necessária para sua regularização de residência. A lei ainda facilitou a aquisição de documentação para muitos chineses que viviam na Indonésia como apátridas por conta de uma restrição de reconhecimento de cidadania para quem não é de origem indonésia⁴⁸¹.

De maneira contrária, dentro da ONU, e considerando que muitos movimentos de deslocamentos de apátridas são ocasionados por conflitos armados e guerras, caberia ao Conselho de Segurança como órgão muito importante, manter a paz e a segurança mundial, evitando fluxos migratórios inaceitáveis.

Em suas atribuições o referido Conselho tem como função solicitar aos signatários da ONU que apliquem sanções econômicas ou outras medidas que possam evitar ou acabar com qualquer agressão ocorrida em um país, membro ou não, recomendando à Assembleia Geral a expulsão ou não do Estado transgressor,

⁴⁷⁹ Ibid.

⁴⁸⁰ DESLOCAMENTOS forçados em 2011 atingiram recorde de 800 mil pessoas. *In*: Alto Comissariado das Nações Unidas para Refugiados. **Tendências globais de 2011. (18/06/2011)** Disponível em: <https://www.acnur.org/portugues/2012/06/18/deslocamentos-forcados-em-2011-atingiram-recorde-de-800-mil-pessoas/#:~:text=BRAS%C3%8DLIA%20%2018%20de%20junho%20ACNUR,refugiadas%20desde%20o%20ano%202000>. Acesso em: 21 de dez. 2022.

⁴⁸¹ Ibid.

aconselhando a nomeação do Secretário-Geral, ou seja, o dirigente máximo das Nações Unidas⁴⁸².

Sua composição é de 15 Estados-membros, destes, cinco são permanentes (Estados Unidos da América, França, Grã-Bretanha, China e Rússia), com direito a veto nas resoluções, e os outros dez não são permanentes e têm seu mandato de apenas dois anos, eleitos pela Assembleia Geral⁴⁸³.

Essa formação, de certo, traz uma desigualdade entre seus componentes, pois o fato de os membros permanentes, ao possuírem direito a veto, fere o princípio da igualdade dos Estados-membros, o que por si só não gera a segurança plena e a paz contínua como almejada por Kant, e além do que os países citados são, hoje, os detentores das armas nucleares no mundo, desequilibrando mais ainda a confiança que deve existir na ONU entre os países que a integram.

As Nações Unidas, mesmo que avance na internacionalização dos direitos humanos, fica ainda amarrada ao ideal de soberania westfaliana, pois tem entre seus princípios fundantes do respeito à integralidade da soberania dos países-membros, o que impõe um freio no avanço de um direito de migrar de forma plena, gerando a apatridia, o refúgio e o asilo como consequências dessa composição.

3.1.1 O Direito de Migrar dos Apátridas no Sistema Protetivo de Direitos Humanos Europeu

Foi por causa da irradiação pelo mundo da proteção de direitos fundamentais, que se deu o início ao Sistema Europeu de Proteção de Direitos Humanos (SEPDH) alicerçado nos princípios da Carta da ONU de 1948, através da criação do Conselho da Europa, em 1949, começava-se, então, a regionalização da proteção dos direitos humanos.

Com a criação da SEPDH e devido aos reflexos do Congresso de Haia, em maio de 1949 foi assinado o Tratado de Londres, criando o Conselho da Europa,

⁴⁸² Ibid.

⁴⁸³ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Carta das Nações Unidas**. (Art. 23 - Composição). São Francisco (USA), 26 de junho de 1945, após o término da Conferência das Nações Unidas. Disponível em: <https://www.oas.org/dil/port/1945%20Carta%20das%20Na%C3%A7%C3%B5es%20Unidas.pdf>. Acesso em 22 set. 2022.

tendo como valores os direitos humanos, democracia e o Estado de direito para construir naquele continente uma real igualdade, não somente com elaboração de convenções, mas também com a maior proteção das minorias, baseando-se na liberdade de imprensa, fazendo a interligação com os países membros, para a efetiva proteção da vida tanto que, na Europa atual já não existe mais pena de morte, exceto na Rússia e Bielorrússia⁴⁸⁴.

O Conselho da Europa busca harmonizar os interesses comuns de seus países-membros através da proteção dos direitos humanos e do desenvolvimento econômico e social, com se comprova a seguir:

Art. 1 alínea “b” [...] meio dos órgãos do Conselho, através do exame de questões de interesse comum, pela conclusão de acordos e pela adoção de uma ação comum nos domínios econômico, social, cultural, científico, jurídico e administrativo, bem como pela salvaguarda e desenvolvimento dos direitos do homem e das liberdades fundamentais⁴⁸⁵.

Ressalte-se que todos os signatários do Conselho da Europa aderiram também à Convenção Europeia de Direitos Humanos (CEDH), desde os seus dez membros iniciais, aos atuais 47, ou seja, quase a totalidade do continente. O que consolida ainda mais a importância da proteção destes direitos.

A CEDH foi criada em 04 de novembro de 1950 em Roma trazendo em seu preâmbulo a sua principal missão que é de “[...]assegurar o reconhecimento e a aplicação universais e efetivos dos direitos [...]”, já apresentados na Carta da ONU e, assim, avançar com providências cabíveis de maneira concreta na proteção destes direitos⁴⁸⁶.

Neste trilhar, a Convenção Europeia foi a primeira e inédita tentativa, naquela época, de dar conteúdo jurídico aos direitos humanos dentro do plano regional, tendo como alicerce a Declaração Universal dos Direitos do Homem, além do início

⁴⁸⁴ UNIÃO EUROPEIA. **Estatuto do Conselho da Europa**. 1974 (instância informal), 1992 (estatuto formal), 2009 (instituição oficial da UE). Bruxelas, 2009. Disponível em: <https://www.coe.int/pt/web/about-us/values>. Acesso em 25 set. 2022.

⁴⁸⁵ UNIÃO EUROPEIA. **Estatuto do Conselho da Europa**. 1974 (instância informal), 1992 (estatuto formal), 2009 (instituição oficial da UE). Bruxelas, 2009. Disponível em: <https://www.coe.int/pt/web/about-us/values>. Acesso em 25 set. 2022.

⁴⁸⁶ UNIÃO EUROPEIA. **Convenção Europeia de Direitos Humanos**. Preâmbulo. Regida pela Decisão 2011/833/UE da Comissão, de 12 de dezembro de 2011 Bruxelas, 2011. Disponível em: https://www.echr.coe.int/documents/convention_por.pdf. Acesso em 27 set. 2022.

da efetiva internacionalização progressiva para a defesa desses direitos tão valiosos a vida humana⁴⁸⁷.

Ao se abordar junto à CEDH a situação de apatridia, e os seus protocolos adicionais não se visualizam normas protetiva de forma direta ao direito à nacionalidade contemplam disposições assecuratórias do direito à nacionalidade.

A CEDH é meramente um Tratado Internacional que regula diretamente os direitos dos estrangeiros em solo europeu, e pode ser aplicado plenamente aos apátridas, pois ao se perseguir um novo lugar de proteção a sua dignidade humana dentro da Europa, além de migrante, consubstancia-se como estrangeiro.

O Protocolo nº 4, que alterou o art. 4 da CEDH, estabelece regras sobre o direito de ir e vir, e proíbe que os Estados-membros restrinjam a livre circulação, através da escolha de residência dentro da Europa. Muito importante também é o fato da proibição de expulsão de estrangeiros de forma coletiva, reflexo da época do Estatuto do Refugiado de 1951, e uma maior proteção no direito de migrar do apátrida⁴⁸⁸.

No plano de direitos relativos ao acesso à Justiça e ao devido processo legal de expulsão do estrangeiro com residência legal, o Protocolo nº 7 em seu art., 1º concedeu este direito aos estrangeiros, apátridas⁴⁸⁹.

Ainda na perspectiva europeia, apesar de a CEDH não trazer especificamente regras definidoras dos direitos migratórios dos apátridas, no que tange ao direito a uma nacionalidade, alguns países-membros do Conselho da Europa tornaram-se signatários da Convenção Europeia sobre a Nacionalidade de 1997.

O Tratado Internacional sobre o direito a nacionalidade na Europa, em seu art. 4º, traz diversos princípios já existentes no Estatuto do Refugiado de 1951, como

⁴⁸⁷ DAUDÍ, Mireya Castillo. **derecho internacional de los derechos humanos**. 2. ed. Valencia (Espanha): Editorial Tirant lo Blanch. 2006. p. 279.

⁴⁸⁸ COMUNIDADE EUROPEIA. **Protocolo N.º 4**: em que se reconhecem certos direitos e liberdades além dos que já figuram na Convenção e no Protocolo Adicional à Convenção. Estrasburgo, 16 . IX [S.I.] 1963. Série de Tratados Europeus / 46. Disponível em: <http://www.dhnet.org.br/direitos/sip/euro/cedh4.htm#:~:text=Qualquer%20pessoa%20que%20se%20encontra,qualquer%20incluindo%20o%20seu%20pr%C3%B3prio> . Acesso em 18 jan. 2023.

⁴⁸⁸ UNIÃO EUROPEIA. **Convenção Europeia de Direitos Humanos**. Protocolo nº 4. Roma, 04 de novembro de 1950. Disponível em: https://www.echr.coe.int/documents/convention_por.pdf. Acesso em 27 de setembro de 2022. ALTO COMISSARIADO DAS NAÇÕES UNIDAS PARA REFUGIADOS. **Convenção Europeia sobre a Nacionalidade**. Genebra, 28 de julho de 1951. Disponível em: https://www.acnur.Org/fileadmin/Documentosportugueses/BDL/Convencao_Europeia_sobre_a_Nacionalidade.pdf

⁴⁸⁹ Ibid. Art. 4º.

o direito à nacionalidade, que a apatridia deve ser evitada, que ninguém, de forma arbitrária, perderá sua nacionalidade e, por fim, que o matrimônio ou o divórcio não podem gerar a perda do direito aos cônjuges e seus filhos⁴⁹⁰,

No mesmo documento internacional de proteção aos migrantes apátridas, proíbe-se a discriminação, por conta de um casamento, tanto que o art. 5º define a aquisição da nacionalidade por *jus sanguinis* ou *jus sollis* e de igual forma a seus descendentes, no art. 6º⁴⁹¹.

A Europa, de forma geral, é um continente fragmentado com diversas nações, e com modificações territoriais constantes, que podem gerar a apatridia, especialmente nos anos 90 do século passado, com o fim da guerra fria e o desmembramento da ex-URSS, em 2006 foi criada a Convenção de Prevenção da Apatridia em Relação à Sucessão de Estados⁴⁹².

Para evitar que pessoas se tornem apátridas o Tratado Internacional de Sucessão de Estados definiu que a nação sucessora a outra deverá dar automaticamente a nacionalidade ao povo do território sucedido; não podendo existir essa concessão de pronto, o sucessor deve programar medidas para tanto, sempre respeitando o princípio da não discriminação, da vontade do afetado, e da proporcionalidade⁴⁹³.

⁴⁹⁰ ALTO COMISSARIADO DAS NAÇÕES UNIDAS PARA REFUGIADOS. **Convenção Europeia sobre a Nacionalidade**. Genebra, 28 de julho de 1951. Disponível em: https://www.acnur.org/fileadmin/Documentosportugues/BDL/Convencao_Europeia_sobre_a_Nacionalidade.pdf?view=1#:~:text=A%20presente%20Conven%C3%A7%C3%A3o%20estabelece%20as,Estados%20Partes%20se%20dever%C3%A3o%20reger. Acesso em: 21 dez. 2022.

⁴⁹² ALTO COMISSARIADO DAS NAÇÕES UNIDAS PARA REFUGIADOS. **Convenção de Prevenção da Apatridia em Relação à Sucessão de Estados**. Aprovada em Nova Iorque, em 28 de setembro de 1954. Entrada em vigor: 6 de Junho de 1960, em conformidade com o artigo 39.º Disponível em: https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/portugues/BDL/Convencao_Europeia_sobre_a_Nacionalidade.pdf?view=1#:~:text=A%20presente%20Conven%C3%A7%C3%A3o%20estabelece%20as,Estados%20Partes%20se%20dever%C3%A3o%20reger. Acesso em: 21 dez. 2022.

⁴⁹³ Id. **Convenção de Prevenção da Apatridia em Relação à Sucessão de Estados**. Art. 2º, 4º, 5º, 6º e 7º. Aprovada em Nova York, em 30 de agosto de 1961. Entrada em vigor: 13 de dezembro de 1975, em conformidade com o Artigo 18 Texto: Documento das Nações Unidas A/CONF.9/15, 1961. Disponível em: https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/portugues/BDL/Convencao_para_a_Reducao_dos_Casos_de_Apatridia_de_1961.pdf. Acesso em 13 jan. 2023.

3.1.2 O Direito de Migrar dos Apátridas no Sistema Protetivo de Direitos Humanos Americano

Passando para a análise da apatridia nas Américas, tem-se a Convenção Americana de Direitos Humanos (CADH), que foi aprovada em 1969 em São José na Costa Rica e é hoje o principal mecanismo de proteção dos direitos fundamentais neste continente. Em 1992 foi ratificada por mais de 25 países, entre eles o Brasil; ressalta-se que os Estados Unidos não a ratificaram, sendo apenas signatário da Declaração Americana de Direitos do Homem de 1948 e da Carta da Organização dos Estados Americanos (OEA)⁴⁹⁴.

Seus princípios e bases são as mesmas da Carta da OEA, e, em linha com o Sistema Internacional de Direitos Humanos da ONU, dispõe sobre a proteção da vida, da igualdade, da humanidade, enfim, a defesa das minorias afetadas pelos poderes econômicos, que necessitam de um manto legal para resguardar seus direitos enquanto seres humanos dignos de respeito⁴⁹⁵.

Cabe destacar, também, que a Convenção se alinha claramente com o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos junto à ONU, ou seja, amplia o rol de direitos a serem defendidos por este Sistema Interamericano de Proteção de Direitos Humanos (SIPDH), dentre os quais se alargam: o direito à vida, direito à integridade pessoal, o direito de não ser submetido à escravidão, direito à liberdade pessoal, e o direito da honra e da dignidade⁴⁹⁶.

Na contínua função de proteger os direitos humanos nas Américas, o SIPDH, em 1988, recebeu junto à Organização dos Estados Americanos, e a Convenção Americana de Direitos Humanos, através do Protocolo de San Salvador, direitos econômicos, sociais e culturais, e da mesma forma no caminho do Pacto Internacional de direitos econômicos, sociais e culturais do sistema ONU⁴⁹⁷.

⁴⁹⁴ ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. **Convenção Americana de Direitos Humanos.** (Pacto de San José da Costa Rica). Assinada na Conferência Especializada Interamericana sobre Direitos Humanos, San José, Costa Rica, em 22 de novembro de 1969. Disponível em: https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm. Acesso em 11 de outubro de 2022.

⁴⁹⁵ Ibid., Preâmbulo.

⁴⁹⁶ Ibid.

⁴⁹⁷ ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. I **Comissão Interamericana de Direitos Humanos.** Protocolo Adicional à Convenção Americana Sobre Direitos Humanos em Matéria de Direitos Econômicos, Sociais e

O mais importante a se salientar no Protocolo de San Salvador de 1988 é a aceitação de obrigação e deveres dos Estados-membros para uma conciliação dos direitos desse instrumento com as normas de legislação interna de cada país, ajudando, cada vez mais, a consolidação no sentido da proteção dos direitos humanos, sociais e econômicos, como se segue:

Art. 1- Obrigações de medidas - Os Estados Partes neste Protocolo Adicional à Convenção Americana sobre Direitos Humanos comprometem-se a adotar as medidas necessárias, tanto de ordem interna como por meio da cooperação entre os Estados, especialmente econômica e técnica, até o máximo dos recursos disponíveis e levando em conta seu grau de desenvolvimento, a fim de conseguir, progressivamente e de acordo com a legislação interna, a plena efetividade dos direitos reconhecidos neste Protocolo⁴⁹⁸.

As obrigações estatais oriundas do Protocolo em discussão apresentam-se em relação à proteção dos direitos humanos de forma negativa, consistindo em não violação desses direitos, e positiva na garantia do exercício efetivo, pleno e contínuo dos direitos fundamentais para proteção da dignidade humana⁴⁹⁹.

No que se aplica ao direito à nacionalidade, e, por consequente, a proteção contra a apatridia, a Convenção Americana de Direitos Humanos traz em seu bojo as boas influências da ONU e do sistema internacional, através do Estatuto do Refugiado de 1951 e da Convenção para Redução da apatridia de 1964, ou seja, já condensa vários aspectos necessários a conceder o direito migratório do apátrida, como se segue:

Artigo 20 1. Toda pessoa tem direito a uma nacionalidade.
2. Toda pessoa tem direito à nacionalidade do Estado em cujo território houver nascido se não tiver direito a outra.

Culturais, “Protocolo De San Salvador” (17 de novembro de 1988) Disponível em:

http://www.cidh.org/basicos/portugues/e_protocolo_de_san_salvador.htm. Acesso em 11 de outubro de 2022.

⁴⁹⁸ ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. I **Comissão Interamericana de Direitos Humanos**. Protocolo Adicional à Convenção Americana Sobre Direitos Humanos em Matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, “Protocolo De San Salvador” (17 de novembro de 1988) Disponível em:

http://www.cidh.org/basicos/portugues/e_protocolo_de_san_salvador.htm. Acesso em 11 de outubro de 2022.

⁴⁹⁹ GOMES, Luiz Flávio; PIOVESAN, Flávia **O sistema interamericano de proteção dos direitos humanos e o direito brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p.24.

3. A ninguém se deve privar arbitrariamente de sua nacionalidade nem do direito de mudá-la.⁵⁰⁰

Em primeira leitura verifica-se que no artigo transcrito reparam a problemática do apátrida de fato e o de direito, como definido pela ACNUR anteriormente, isto nos números 1 e 2, respectivamente, no entanto, ainda deixa um vácuo normativo com relação ao meio aquisitivo de nacionalidade pelo *jus sanguinis*, que fora suprimido com a Convenção de Redução dos casos de Apatridia de 1961.

Com resultado, surgiu uma obrigação de não fazer, ou seja, de não criar obstáculos legais internos, caso a pessoa queira realizar a mudança de nacionalidade, havendo a garantia de ambas as pontas do processo de naturalização, do primeiro Estado de que o novo país aceitou o indivíduo como seu nacional, e do segundo de que não haverá restrições no processo, porém, caso não ocorra desta forma surgirá mais um apátrida.

No Brasil, inicialmente, a regulação dos direitos migratórios ocorria com a criação da Lei nº 6.815/80⁵⁰¹, conhecida como Estatuto do Estrangeiro, o qual regulamentava e normatizava as políticas públicas estatais no sentido da entrada, saída e estada do estrangeiro no país, em melhor linha aos Tratados Internacionais existentes a época, como o Estatuto do Refugiado de 1951.

Com efeito, essa antiga norma ainda vinha embasada na diferenciação do estrangeiro e do nacional, como forma de discriminação, e, inclusive, de penalização da migração irregular, e não regulava diretamente a questão da apatridia, apenas os requisitos para naturalização.

Antes de adentrar na Lei nº 13.445/2017(nova lei de migração), em sede constitucional, o tema de apatridia no Brasil já havia avançado com a Emenda Constitucional nº 54 / 2007, definindo que no Art. 12, alínea “c” da Constituição Federal de 1988 passaria a conceder aos:

⁵⁰⁰ ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. Comissão Interamericana de Direitos Humanos. Protocolo Adicional à Convenção Americana Sobre Direitos Humanos em Matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, “**Protocolo De San Salvador**” (17 de novembro de 1988). Art. 20. Disponível em: http://www.cidh.org/basicos/portugues/e.protocolo_de_san_salvador.htm. Acesso em 11 de outubro de 2022

⁵⁰¹ BRASIL. Lei nº 6815 / 1980. Estatuto do Estrangeiro. Lei do Estrangeiro; Lei dos Estrangeiros. Define a situação jurídica do estrangeiro no Brasil, cria o Conselho Nacional de Imigração, e dá outras providências. **Diário Oficial da União** - Seção 1 - 21/8/1980, Página 16533. Brasília, DF, 1980.

[...] os nascidos no estrangeiro de pai brasileiro ou de mãe brasileira, desde que sejam registrados em repartição brasileira competente ou venham a residir na República Federativa do Brasil e optem, em qualquer tempo, depois de atingida a maioridade, pela nacionalidade brasileira⁵⁰².

Depois da regulamentação, que foi fruto das convenções sobre apatridia, e com o movimento civil político dos Brasileirinhos Apátridas⁵⁰³, mais de 200 mil filhos de brasileiros nascidos no estrangeiro adquiriram a nacionalidade, tanto que o ACNUR parabenizou o Brasil no 50º aniversário da Convenção de 1961⁵⁰⁴.

O referido instrumento constitucional brasileiro também permitiu que filhos de pai ou mãe brasileiros nascidos entre 07 de junho de 1994 e 20 de setembro de 2007, se quiserem, podem realizar seu registro em repartição diplomática ou consular do Brasil no exterior⁵⁰⁵.

Há de se ventilar também, que a Lei nº 9.474/97⁵⁰⁶, conhecida como Lei do Refúgio, ainda se encontra em vigor e será abordada mais à frente, quando da análise da situação dos asilados e refugiados no Brasil.

Ultrapassados esses elementos, a nova lei de migração do Brasil, a Lei nº 13.445/2017⁵⁰⁷, aborda de frente o enclave da apatridia, trazendo a esses migrantes

⁵⁰² BRASIL [Constituição (1988)] Emenda Constitucional 54/2007. Emenda dos Apátridas. Dá nova redação à alínea c do inciso I do art. 12 da Constituição Federal e acrescenta art. 95 ao Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, assegurando o registro nos consulados de brasileiros nascidos no estrangeiro. **Diário Oficial da União** Seção 1 - 21/9/2007, Página 2. Brasília, DF, 2007.

⁵⁰³ MARTINS, Rui. Brasileirinhos apátridas. In: **Instituto Brasileiro de Direito de Família (IBDFAM)**. Belo Horizonte: 7 de março de 2007. Disponível em: <https://www.google.com/search?q=https%3A%2F%2Fibdfam.org.br%2Fartigos%2F275%2FBRASILEIRINHOS%2BAP%25C3%2581TRIDAS%23%3A~%3Atext%3DEm%25202012%252C%2520os%2520brasileirinhos%2520ap%25C3%25A1tridas%2Cpraticamente%2520exclu%25C3%25ADdos%2520das%2520preocupa%25C3%25A7%25C3%25B5es%2520nacionais.&oq=https%3A%2F%2Fibdfam.org.br%2Fartigos%2F275%2FBRASILEIRINHOS%2BAP%25C3%2581TRIDAS%23%3A~%3Atext%3DEm%25202012%252C%2520os%2520brasileirinhos%2520ap%25C3%25A1tridas%2Cpraticamente%2520exclu%25C3%25ADdos%2520das%2520preocupa%25C3%25A7%25C3%25B5es%2520nacionais.&aqs=chrome..69i58j69i57.11642j0j4&sourceid=chrome&ie=UTF-8>. Acesso em 10 nov. 2021.

⁵⁰⁴ LISOWSKI, Telma Rocha. A apatridia e o “direito a ter direitos”: um estudo sobre o histórico e o estatuto jurídico dos apátridas. **Revista Jurídica da Procuradoria Geral do Estado do Paraná**, Curitiba, n. 3. 2012. p. 139.

⁵⁰⁵ BRASIL. [Constituição (1988)] Emenda Constitucional 54/2007. Emenda dos Apátridas. Dá nova redação à alínea c do inciso I do art. 12 da Constituição Federal e acrescenta art. 95 ao Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, assegurando o registro nos consulados de brasileiros nascidos no estrangeiro. **Diário Oficial da União** Seção 1 - 21/9/2007, Página 2. Brasília, DF, 2007.

⁵⁰⁶ BRASIL. Lei nº 9.474 de 22 de junho de 1997. Define mecanismos para a implementação do Estatuto dos Refugiados de 1951, e determina outras providências. **Diário Oficial da União**. Seção 1 - 23/7/1997, Página 15822. Brasília, DF, 1997.

direitos fundamentais e básicos aos apátridas, em igualdade com outros deslocados em solo brasileiro, como definido em seu art. 26 § 3º⁵⁰⁸.

A nova legislação, de maneira geral, avança e muito na direção da dignidade humana dos estrangeiros no Brasil ao regular seus deveres, bem como colocando-os em patamar de sujeitos de direitos a serem respeitados, e não mais sob o foco da segurança nacional e de uma soberania suprema, isolada, com perspectivas de proteção dos direitos humanos dos apátridas⁵⁰⁹.

Há muito tempo, desde a promulgação da Constituição Federal de 1988, já se fazia necessária uma modificação legislativa, para se adequar aos princípios fundantes da Carta Magna nacional, como da dignidade da pessoa humana, da universalidade de direitos e da fraternidade, sendo agora com a novação da lei, foram inclusos direitos fundamentais do art. 5º aos estrangeiros em geral⁵¹⁰.

Inicialmente a Lei nº 13.445/2017 define o apátrida, como aquela pessoa que não é considerada nacional por nenhum Estado nos termos de sua legislação específica; e, para que não exista conflito normativo, engloba também a definição do Estatuto dos Apátridas, do qual o Brasil é signatário, perseguindo finalmente de forma plena a erradicação da apatridia⁵¹¹.

Os princípios da não devolução e da proteção da dignidade humana dos sem pátria apresentam-se de maneira excepcional na nova lei de imigração brasileira, como se comprova ao permitir mesmo que o apátrida seja reconhecido sua condição ou não, e até não queira se naturalizar brasileiro, lhe é concedido automaticamente o direito de residência no Brasil e, com o tempo morando em solo nacional, possa ou não se naturalizar, como define o art. 26 § 8º e 10§⁵¹².

⁵⁰⁷ BRASIL. Lei nº 13.445, de 24 de maio de 2017. Lei da Migração. Institui a Lei de Migração. Art. 26º §3º. **Diário Oficial da União** - Seção 1 - 25/5/2017, p. 1. Brasília, DF, 2017.

⁵⁰⁸ BRASIL. Lei nº 13.445, de 24 de maio de 2017. Lei da Migração. Institui a Lei de Migração. Art. 26º §3º. **Diário Oficial da União** - Seção 1 - 25/5/2017, p. 1. Brasília, DF, 2017.

⁵⁰⁹ BICHARA, Jahyr-Philippe. **O tratamento do apátrida na nova lei de migração: entre avanços e retrocessos**. Uniceub, Brasília, v. 14, n. 2, 2017. Disponível em: <https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/rdi/article/view/4619>. Acesso em: 10 jan. 2021.

⁵¹⁰ SANTOS, Lorena; LIRANGELO, Flávio. Nova lei de migração tem caráter modernizante, mas enfrenta burocracia. Estadão, São Paulo, 01/02/2019. p 10. Disponível em: <https://www.soutocorrea.com.br/artigos/nova-lei-de-migracao-tem-carater-modernizante-mas-enfrenta-burocracia/>. Acesso em: 19 nov. 2021..

⁵¹¹ BRASIL. Lei nº 13.445, de 24 de maio de 2017. Lei da Migração. Institui a Lei de Migração. Art. 1º §1, inciso VI. **Diário Oficial da União** - Seção 1 - 25/5/2017, p. 1. Brasília, DF, 2017.

⁵¹² Ibid. Art. 26 §8º e § 10º.

Com relação ao processo de reconhecimento de apatridia para concessão de seus direitos igualitários aos nacionais, este pode ser instruído com documentos públicos, declarações do migrante, declarações de organizações não governamentais, por fim, uma vez comprovada sua condição e se o apátrida quiser naturalizar-se, é dado a ele o direito a um processo simplificado de naturalização, bem como a garantia de direitos iguais aos refugiados durante o trâmite desse procedimento⁵¹³.

Também fora definido nessa lei a criação do Instituto Protetivo Especial do Apátrida, órgão responsável para processar, de forma consolidada ou simplificada, o processo de naturalização de tais migrantes algo que já persistia em sede de convenções internacionais nas quais o Brasil é signatário antes da referida norma, mas que nunca fora criado ou regulamentado.

Para Bichara, estabeleceu-se um vácuo jurídico com a não concretização e estruturação do referido órgão, sendo inclusive um retrocesso com relação ao anteprojeto da nova lei de migração, o qual definia este elemento, trazendo a ausência da efetivação da política pública de acolhimento do apátrida, pois não apresenta mecanismos institucionais de tornar este direito à naturalização de forma real⁵¹⁴.

Definiram-se na lei os direitos humanos aos apátridas, mas não trouxe meios adequados para que eles se tornem eficazes para os migrantes, sendo nada mais do que um teatro de princípios figurados e positivados na norma fria do mito da lei, dificultando, inclusive, os procedimentos de naturalização do tipo consolidado ou simplificado.

Tentando uma reparação do erro legal, o Ministério da Justiça, em 2018, editou a Portaria Interministerial MJ/ MESP nº 5, de 27 de fevereiro de 2018, a qual tenta suprir a lacuna deixada na Lei de Imigração, definindo os tipos de documentos e medidas necessárias, e em quais os órgãos da administração pública correrão os

⁵¹³ BRASIL. Lei nº 13.445, de 24 de maio de 2017. Lei da Migração. Institui a Lei de Migração. **Diário Oficial da União** - Seção 1 - 25/5/2017, p. 1. Brasília, DF, 2017. Art. 26 §2º e §4º.

⁵¹⁴ BICHARA, Jahyr-Philippe. **O tratamento do apátrida na nova lei de migração: entre avanços e retrocessos**. Uniceub, Brasília, v. 14, n. 2, 2017. Disponível em: <https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/rdi/article/view/4619>. Acesso em: 10 jan. 2021.

processos para regularizar a situação de migração tanto dos apátridas, quanto dos refugiados e asilados no Brasil⁵¹⁵.

A Portaria detalha o processo de reconhecimento da naturalização, seja simplificado e consolidado, devendo ser iniciado por solicitação do interessado ao Ministério da Justiça e Segurança Pública ou à Polícia Federal, por meio da internet, em site oficial denominado “naturalize-se”, através de preenchimento de formulário específico junto com os documentos especificados, e, caso não tenha acesso à rede mundial de computadores, que se faça direto na Polícia Federal, de forma presencial⁵¹⁶.

Por fim, a naturalização no Brasil ocorre em dois tipos: a) a primeira chamada ordinária, na qual não se cria um direito público subjetivo ao interessado, pois é um ato discricionário do Estado, mesmo que haja o cumprimento de todos os requisitos legais, se baseia no ato de “soberania”, existindo a influência da conveniência política de momento; b) a segunda forma seria a extraordinária, que, de maneira contrária, gera um direito subjetivo ao naturalizando, que uma vez cumprida à regra do art. 12, inciso II da Constituição Federal, ser-lhe-á concedido o direito⁵¹⁷.

3.1.3 O Direito de Migrar dos Apátridas no Sistema Protetivo de Direitos Humanos Africano e dos Povos

Buscando compreender o direito migratório dos apátridas de forma global, chega-se ao continente africano, pode-se afirmar, sem ressalvas que direitos e garantias oriundos do Sistema Internacional de Proteção de Direitos Humanos da ONU são refletidos de igual forma naquela parte do mundo, como nos sistemas regionais, tanto o europeu, quanto o interamericano, usando como norte a luta pela

⁵¹⁵ BRASIL. Ministério da Justiça; Ministério Extraordinário da Segurança Pública. Portaria Interministerial MJ/MESP nº 5/2018. Dispõe sobre o procedimento de reconhecimento da condição de apatridia e da naturalização facilitada dela decorrente. **Diário Oficial da União**, 28/02/2018; Edição: 40; Seção: 1 p: 34-39. Brasília, DF: 2018.

⁵¹⁶ BRASIL. **Nacionalidade, Naturalização e Certidões**. Brasília, DF, 02 de março de 2020. Disponível em: <https://www.gov.br/mj/pt-br/assuntos/seus-direitos/migracoes/nacionalidade-naturalizacao-e-certidoes/>. Acesso em: 7 jan. 2021.

⁵¹⁷ NOVELINO, Marcelo. **Direito constitucional**. São Paulo: Método. 2009. p. 48.

defesa, construção, fiscalização e efetivação dos direitos pela proteção da humanidade na África⁵¹⁸.

O Sistema Africano de Proteção de Direitos Humanos (SAPDH) iniciou-se com a Carta Africana sobre Direitos Humanos e dos Povos criada pela Organização da Unidade Africana (OUA) em 1963, como resultado de uma longa negociação entre os líderes dos países africanos independentes, já que, lamentavelmente, países como África do Sul, Moçambique e Angola ainda eram colônias da Europa, e assim colocaram de lado suas diferenças políticas para com o objetivo comum de execrar de vez o colonialismo existente até então na África⁵¹⁹.

A Carta Africana sobre Direitos Humanos e dos Povos (CADHP) é advinda da XVI sessão ordinária de Chefes de Estado e Governo da OUA, ficando determinado ao fim da reunião, ocorrida em 1979, pela assembleia que o Secretário Geral deveria dar início aos trabalhos de elaboração da referida carta, sendo aprovada em 1981 pelos Estados membros da OUA, entrando em vigor cinco anos depois em 1986⁵²⁰.

A história africana também é bem representada no texto da Carta de Banjul, como é conhecida a Carta Africana sobre Direitos Humanos e dos Povos, já que foi aprovada na cidade da Gâmbia em 1981, pois se dedica a preservar os valores tribais, e, além de consagrar direitos, também impõe deveres individuais e familiares aos africanos, sendo estes inéditos em outras convenções regionais no mundo, e, por fim, traz uma significação de pluralidade de povos como base dos direitos humanos a serem defendidos por esse instrumento tão importante para a África, além da manutenção da independência e autonomia de seus Estados-membros⁵²¹.

Na perspectiva inovatória dos deveres do indivíduo para com a família, o Estado e outras coletividades, legalmente reconhecidas para a comunidade internacional, é que, apesar de a Carta Africana ser a mais nova dentre os sistemas regionais de proteção de direitos humanos, ela avança a passos largos dentro de uma visão holística e sistêmica na integração de todos, e não apenas dos “humanos

⁵¹⁸ TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. **A proteção internacional dos direitos humanos;** Fundamentos jurídicos e instrumentos básicos. São Paulo: Saraiva, 1991. p. 34.

⁵¹⁹ SOBRE A UNIÃO Africana. História. In: **Africa Union** [S. l.] [2002?] Disponível em: https://au-int.translate.google/en/overview?_x_tr_sl=en&_x_tr_tl=pt&_x_tr_hl=pt-BR&_x_tr_pto=sc. Acesso em 10 set. 2022.

⁵²⁰ Ibid.

⁵²¹ TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. **Tratado de direito internacional dos direitos humanos,** Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2003. p. 199 a 205, v. 3.

universalmente reconhecidos”, elevando o patamar de igualdade às singularidades de tribos e povos em comunidades tradicionais africanas, ou seja, procura a inclusão de todos e todas na perspectiva humana de proteção plena⁵²².

A CADHP inova de forma brilhante, pois, em seu preâmbulo, já se refere aos povos como comunidade humana de forma ampla, o que traduz não somente a ligação inerente a um Estado formal e unitário, dentro da visão tradicional do Direito Constitucional ou Internacional, mas também aqueles ligados a uma cultura, local, língua ou até religião, ou seja, uma ampla concepção cosmopolita de mundo

Na procura da melhor e mais eficaz proteção dos direitos humanos, e verificando os diversos protocolos adicionais em outras convenções regionais, a CADHP já trouxe em seu bojo a defesa de direitos econômicos, sociais, culturais, políticos e civis, ou seja, ampliando a concepção dos direitos fundamentais, na melhor das práticas do sistema internacional de proteção da ONU⁵²³.

A apatridia, no entanto, não se encontra referendada explicitamente dentro da Carta de Banjul, sendo necessária uma interpretação mais extensiva de outros tratados internacionais de direitos humanos, para que se possa conceder este direito.

Para a ACNUR, apenas na África Ocidental a apatridia, que gera deslocamentos humanos no encaço do direito à nacionalidade, atinge nada menos do que 750 mil pessoas do total de 10 milhões ao redor do mundo⁵²⁴.

Com a Comunidade Económica dos Estados da África Ocidental (CEDEAO), que o assunto da apatridia fora pela primeira vez abordada através da ACNUR junto ao continente africano, de maneira ampla e restrita a todos.

Afirma-se isto, pois, em 1990 no que se refere às crianças, em nível continental, o direito à nacionalidade e conseqüentemente o combate à apatridia fora regulamentado com a Carta Africana dos Direitos e Bem-Estar da Criança⁵²⁵,

⁵²² LUHMANN, Niklas. **La sociedad de la sociedad**. Traducción de Javier Torres Nafarrate. México: 2007. p. 100.

⁵²³ TRINDADE, op. cit., 2003. p. 198.

⁵²⁴ ALTO COMISSARIADO DAS NAÇÕES UNIDAS PARA REFUGIADOS. **Dados de apatridia**. (2016). Disponível em: <https://data.unhcr.org/en/documents/details/53819>. Acesso em 10 jan. 2023.

⁵²⁵ O Art. 6 da Carta define claramente que: “1. Todas as Crianças devem ter o direito, desde o seu nascimento a um nome; 2. Todas as Crianças devem ser registadas imediatamente após o seu nascimento; 3. Todas as Crianças devem adquirir uma nacionalidade; 4. Os Estados Partes na presente Carta comprometem-se a assegurar que a sua legislação constitucional reconheça os

abordando o meio de aquisição desse direito pelo *jus sollis* em uma primeira leitura, e de forma ampliada pelo *jus sanguinis*, já que define como obrigação dos Estados signatários de concederem a nacionalidade ao hipervulnerável.

Com efeito, também no encalço de resolver ou mitigar a apatridia, que o Protocolo à Carta Africana de direitos Humanos e dos Povos relativo aos Direitos das Mulheres na África, em 2003, reconheceu a aquisição da nacionalidade, seja pelo seu local de nascimento, ou pelo matrimônio. O que se apresenta, em si, aparentemente como a “coisificação” da mulher, ao adquirir a nacionalidade do marido, paradoxalmente regula diversas situações no continente africano; por exemplo se a mulher não for da nacionalidade do marido e se mudar para o país dele ela não tem reconhecida a sua nacionalidade originária gerando a apatridia, sendo-lhe negada a personalidade como sujeito de direitos como bem assevera a seguir:

Art.6 alínea “g” - uma mulher deve ter o direito de manter a sua nacionalidade ou adquirir a nacionalidade do marido; alínea “h” - uma mulher e um homem devem ter os mesmos direitos, no que se refere à nacionalidade dos seus filhos, salvo disposição contrária de uma legislação nacional ou contrária ao interesse de segurança nacional⁵²⁶.

A CEDEAO foi criada em 1975 por 15 países da África Ocidental dentre eles Benim, Burkina Faso, Costa do Marfim, Gâmbia, Gana, Guiné, Guiné-Bissau, Libéria, Mali, Mauritânia, Níger, Nigéria, Serra Leoa, Senegal e Togo, com objetivo primordial de promoção da integração econômica da região⁵²⁷.

Em 2015, apenas as nações membros dessa Comunidade, através de seus ministros de Estado, que respondem em cada país signatário sobre esta

princípios segundo os quais uma criança deve adquirir a nacionalidade do Estado em cujo território tenha sido nascido se, no momento do nascimento da criança. ele não é concedido nacionalidade de qualquer outro Estado em conformidade com as suas leis.” (COMISSÃO AFRICANA DOS DIREITOS HUMANOS E DOS POVOS. 2013)

⁵²⁶ UNIÃO AFRICANA. **Protocolo à Carta Africana de Direitos Humanos e dos Povos relativo aos Direitos das Mulheres na África**. Adotada em Maputo pela 2ª sessão ordinária da União Africana em Maputo. 11 de junho de 2003. Disponível em: https://au.int/sites/default/files/treaties/37077-treaty-0027_-protocol_to_the_african_charter_on_human_and_peoples_rights_on_the_rights_of_women_in_africa_p.pdf. Acesso em: 10 jan. 2023.

⁵²⁷ COMUNIDADE ECONÔMICA DOS ESTADOS DA ÁFRICA OCIDENTAL. Composição e história. In: **ECOWAS/CEDEAO** [S. l.] [197?] Disponível em: <https://ecowas.int/sobre-a-cedeo/?lang=pt-pt>. Acesso em 10 jan. 2023.

problemática migratória, principalmente pelo direito à nacionalidade, adotaram a Declaração sobre a Erradicação da Apatridia, definida também como Declaração de Abidjan, na qual se comprometiam a perseguir o fim da situação dos apátridas, com políticas públicas e melhorias na legislação interna de cada país, como se demonstra a seguir:

6. Reafirmamos o nosso compromisso em reduzir os riscos de apatridia através da melhoria dos sistemas de registo das atas de estado civil, e em particular, garantir que cada criança seja registada imediatamente após o seu nascimento, e que os procedimentos de registo tardio dos nascimentos sejam acessíveis a todas as pessoas cujos nascimentos não tenham sido ainda registrados⁵²⁸.

Eventos animadores depois da Declaração de Abidjan, nos quais alguns Estados-membros da CEDEAO aderiram plenamente a esse Tratado como: Guiné Bissau, Mali e Serra Leoa; e mais outros quatro como Mali, Libéria, Benin e Gambia, que construíram políticas públicas nacionais para solucionar a ausência do direito à nacionalidade, através da elaboração de planos de política pública visando à erradicação da apatridia⁵²⁹.

Depois das inserções junto ao continente africano para realizar a proteção dos direitos aos apátridas, no enalço do direito à nacionalidade, a Comissão Africana de Direitos Humanos e dos Povos, depois de diversas decisões, criou a Resolução nº 234/2013, na qual realiza uma análise jurídica de todos os tratados internacionais africanos e do sistema da ONU, que procuram erradicar a apatridia, que vai desde criação de políticas públicas até a modificação legislativa interna dos países signatários da CADHP, bem como a aceitaram a legislação do Estatuto dos Apátridas de 1951 e a Convenção de Erradicação de apatridia de 1961 advindos do sistema internacional de proteção de direitos humanos⁵³⁰.

⁵²⁸ UNITED NATIONS HIGH COMMISSIONER FOR REFUGEES (UNHCR). **Declaração de Abidjan dos ministros dos Estados-membros da CEDEAO sobre a Erradicação da Apatridia**, Abidjan, Costa do Marfim, 25/02/2013; Art. 6. Disponível em: <https://data.unhcr.org/en/documents/details/53819> t. Acesso em 10 jan. 2023.

⁵²⁹ COMUNIDADE ECONÓMICA DOS ESTADOS DA ÁFRICA OCIDENTAL. **Resultados da Declaração sobre a Erradicação da Apatridia**. [S. l.] [201-] Disponível em: <https://data.unhcr.org/en/documents/details/53819> t. Acesso em 10 jan. 2023.

⁵³⁰ COMISSÃO AFRICANA DE DIREITOS HUMANOS E DOS POVOS. **Resolução 234/2013 sobre o Direito à Nacionalidade**. [S. l.], 2013. Disponível em: <https://www.achpr.org/sessions/resolutions?id=260>. Acesso em: 12 jan. 2021.

De forma derradeira foi elaborado um projeto de protocolo à Carta Africana dos Direitos Humanos e dos Povos sobre aspectos específicos do direito a uma nacionalidade e da erradicação da apatridia na África, para que de uma vez por todas, de forma uníssona e conjunta, o continente africano conceda de maneira concreta este direito aos apátridas.

No referido projeto fica evidenciado que os princípios inerentes à defesa dos direitos dos apátridas, advindos dos melhores tratados sobre este assunto, como a Convenção Europeia de Direitos à Nacionalidade, de 1997, como a da não discriminação, além dos seguintes:

- a) todo mundo tem direito a uma nacionalidade;
- b) a apatridia deve ser evitada;
- c) ninguém será arbitrariamente privado de sua nacionalidade;
- d) nem o casamento nem a dissolução de um casamento entre um nacional de um Estado-Parte e um estrangeiro, nem a mudança de nacionalidade por um dos cônjuges durante o casamento, afectarão automaticamente a nacionalidade do outro cônjuge⁵³¹.

Nesse caminho, o referido projeto de norma enquadra o Sistema Africano de Direitos Humanos e dos Povos, com regras claras de aquisição da nacionalidade, evitando-se a apatridia, bem como a incorporação dos fundamentos e princípios da legislação oriunda do Estatuto dos Apátridas de 1951 e da Convenção de Erradicação de Apatridia de 1961 advindos do sistema protetivo da ONU.

3.2 O DIREITO DE MIGRAR DOS REFUGIADOS E ASILADOS NOS SISTEMAS PROTETIVOS DE DIREITOS HUMANOS NO ÂMBITO INTERNACIONAL, EUROPEU, AMERICANO E AFRICANO E DOS POVOS

⁵³¹ COMUNIDADE ECONÓMICA DOS ESTADOS DA ÁFRICA OCIDENTAL. (CEDEAO); **Projeto de Protocolo à Carta Africana dos Direitos Humanos e dos Povos sobre Aspectos Específicos do Direito a uma Nacionalidade e da Erradicação da Apatridia na África**. [S. l.], maio 2017. Art. 3 e 4º. Disponível em: https://www.achpr.org/pr_presspublic/publication?id=25. Acesso em: 12 de mar. 2021.

A definição de refugiado indica ser aquela pessoa que se encontra com seus direitos humanos desprotegidos dentro de seu país de origem, através dos conceitos do direito internacional humanitário⁵³².

Para o refúgio gerar reflexo no âmbito do direito internacional é necessária, no entanto, a saída dessa pessoa de um país para outro, pois somente os tratados internacionais de direitos humanos impõem a obrigação de acolhida pelos Estados nacionais receptores.

Com efeito, o direito ao refúgio não ocorre de manifestação livre para que o indivíduo deixe seu local de origem, mas sim porque é obrigado a fugir das péssimas condições em seu local de origem para não perder a vida, a liberdade, o direito de professar qualquer tipo de religião, opção sexual, ou seja, um total desrespeito da mínima proteção de sua dignidade humana, buscando, assim, um porto seguro em uma nova nação⁵³³.

O refúgio nada mais é do que a fuga para um lugar seguro, no qual a vida pode ser preservada, não somente pela existência física no mundo, mas também como condição de sociabilidade e de convívio digno com outras pessoas, na procura do mínimo existencial humano.

Como um direito internacional humanitário, o refúgio não pode ser negado, pois é um dever do Estado sua concessão, e se manifesta quando há violação de caráter racial, religioso, de opção sexual, ou seja, de tutelas mais coletivas do que individuais, tanto que é regulado por tratados internacionais, já o asilo político é ato discricionário de cada país, é o direito de opinião violado, sendo individualizado e sem permissivo legal em instrumentos internacionais, nasce da praxe das relações entre países⁵³⁴.

A individualização do direito humano ferido para a concessão do refúgio, no entanto, apresenta-se de forma concomitante, pois sua definição se dá pelo critério subjetivo, pelas declarações coerentes do perseguido, alinhados à objetividade da situação atual do país de origem do solicitante, e ao se juntarem esses elementos,

⁵³² SOUSA, Mônica Teresa Costa. **Direito internacional humanitário**. Curitiba: Juruá, 2011. p. 172

⁵³³ BARBOSA, Luciano Pestana; HORA, José Roberto Sagrado da. **A polícia federal e a proteção internacional dos refugiados**. Brasília: ACNUR, 2007. p. 34.

⁵³⁴ PORTELA, Paulo Henrique Gonçalves. **Direito internacional público e privado**. 3. ed. Salvador: Juspodivm. 2011. p. 312.

constrói-se o direito à proteção daquela pessoa pelo Estado receptor⁵³⁵.

De pronto, havendo um pedido de refúgio de forma coletiva ou familiar, deve-se mitigar esse elemento subjetivo, e maximizar a objetividade, no encalço das ofensas de direitos humanos, como conflito armado, degradação total do Estado de origem na proteção mínima da dignidade humana, ou violência generalizada, além de outros.

Caso o deslocamento seja sem motivação alguma, recai-se na definição já apresentada de simples migração, ou seja, todo asilado ou refugiado é migrante, pois se desloca para outro país, mas o inverso não é verdadeiro pelos motivos apresentados.

O fenômeno do refúgio como movimento migratório de grande proporção ocorreu com o final da Primeira Guerra Mundial devido aos tratados de paz, os quais modificaram a divisão territorial da Europa em sua porção central e oriental⁵³⁶.

Vale ressaltar que tudo isto aconteceu antes da criação do Sistema Internacional de Proteção dos Direitos Humanos, que tem como alicerce a ONU.

A Primeira Grande Guerra trouxe como consequência ao Continente Europeu a inflação, o desemprego, além de novas fronteiras de nações, particularmente na Alemanha, que culminaram com deslocamentos migratórios de grande monta de refugiados para outros países, os quais deixavam seu Estado na busca de proteção e melhores condições de vida, sendo a partir daí pessoas sem o mínimo de direitos, tornavam-se apenas o refugio da terra⁵³⁷.

Como resultado, mais de 1.500.000 russos, 700.000 armênios, 500.000 búlgaros, além de 1.000.000 de gregos e milhares de alemães, húngaros e romenos foram deslocados de suas origens devido à readequação das fronteiras dos países

⁵³⁵ ANNONI, Dannielle; VALDES, Lysian Carolina. **O direito internacional dos refugiados e o Brasil**. Curitiba: Juruá. 2013. p. 35.

⁵³⁶ AGAMBEN, Giorgio. *Al di là dei diritti dell'uomo*. In: AGAMBEN, Giorgio. **Mezzi senza fine**: notte sulla politica. Torino: Bollati Boringhieri, 1998, p. 20-29.

⁵³⁷ ARENDT, Hannah. **Origens do totalitarismo**: antisemitismo, imperialismo, totalitarismo. São Paulo: Companhia das Letras, 2005. p. 300.

perdedores da Primeira Guerra Mundial na Europa, fruto do Tratado de Versalhes⁵³⁸, que impunha a devolução de territórios pela Alemanha e Prússia⁵³⁹.

Nesse caminho, e por causa dos efeitos deletérios aos refugiados, que são as vítimas de ações dos Estados vencedores da Grande Guerra, obrigaram essas nações, pelo menos, a tentarem conceder direitos aos migrantes que faziam parte de minorias étnicas expulsas de seu local de origem, fruto de diversos tratados de minorias, como o Tratado de Saint-Germain-en-Laye, de 1919, entre os Aliados e a Áustria dividindo o Império dos Habsburgo, transformando em novas nações, o Tratado de Neuilly, de 1919, entre os Aliados e a Bulgária diminuindo as fronteiras do país, que havia entrado em guerra em 1915 junto com a Alemanha, e, por fim, o Tratado de Trianon, o qual retirou da Hungria dois terços de seu território, deixando três milhões de húngaros em terra estrangeira, na Romênia⁵⁴⁰.

Como reflexo da situação acima exposta e aliado ao declínio econômico mundial, os refugiados e sem pátria se tornaram culpados de tudo que era nefasto, depois de finda a Primeira Guerra Mundial, o que gerou uma naturalização em massa de pessoas, que se encontravam em novos países criados pelo Tratado de Versalhes, no entanto, outros não tiveram a mesma condição, sendo-lhes negada a condição de nacional.

Além da situação de milhões de refugiados russos, como consequência da Primeira Guerra Mundial, tem-se ainda a desnaturalização de milhares desses cidadãos, devido a motivos políticos, fruto ainda da Revolução Russa de 1917, o que aumentou exponencialmente a condição de apatridia deste povo⁵⁴¹.

Como resultado, no ano de 1921 foi criado o Alto Comissariado para Refugiados Russos, que tinha como fim solucionar a problemática jurídica dos mais de dois milhões de refugiados russos, que foram desnaturalizados pelos motivos

⁵³⁸ Para compreender melhor a situação, nos art. 26 a 30 do Tratado de Versalhes se encontram os novos limites territoriais impostos pelos vencedores da I Guerra Mundial a Alemanha e Prússia, o que fez gerar o primeiro grande fluxo migratório de refugiados na Europa.

⁵³⁹ AGAMBEN, Giorgio. *Al di là dei diritti dell'uomo. In: Mezzi senza fine: notte sulla politica*. Torino: Bollati Boringhieri, 1998, p.36.

⁵⁴⁰ LOESCHER, Gil. **Beyond Charity**: international cooperation and the global refugee crisis. Oxford: Oxford University Press, 1993. p. 34.

⁵⁴¹ FISCHER DE ANDRADE, José Henrique. **Direito internacional dos refugiados: evolução histórica 1921-1952**. Rio de Janeiro: Renovar, 1996. p. 23.

acima mencionados, inaugurando, assim, o início da proteção em seara internacional dos direitos humanos desses migrantes⁵⁴².

Em 1922, foi convencionado e confirmado por 52 países o primeiro regramento jurídico internacional para a condição de refugiado russo, chamado de Ajuste Relativo à Expedição de Certificados de Identidade para Refugiados Russos, não se definia juridicamente a condição de refugiado, mas ia ao encalço de conceder a essas pessoas um passaporte⁵⁴³ capaz de conceder um mínimo de proteção na seara do Direito Internacional, permitindo viagem pelos países signatários, retornando à nação que emitiu este documento⁵⁴⁴.

O Alto Comissariado visou proteger os refugiados russos com o passaporte, colocando-os o mais próximo possível dos direitos do nacional, mas, principalmente, evitar a expulsão contínua e reiterada de países, através de intervenções diplomáticas, ou seja, criou-se “uma meta nacionalidade” no âmbito internacional do direito, pela convencionalidade das 52 nações signatárias do Ajuste Relativo à Expedição de Certificados de Identidade para Refugiados Russos. Esse tratado funcionou tão bem, que, em 1924, o Alto Comissariado para Refugiados Russos ampliou a referida proteção para os mais de 300 mil refugiados armênios, que sofreram perseguição dentro do antigo Império Otomano, que terminou com o fim da Primeira Guerra Mundial por se rebelaram contra a guerra e a discriminação otomana, e se encontravam dispersos em diversos países⁵⁴⁵.

Há de se ressaltar que somente em 1928, através das Disposições Relativas ao Estatuto Jurídico de Refugiados Russos e Armênios, que o princípio da não devolução⁵⁴⁶, segundo o qual nenhum Estado podia devolver o refugiado ao país do qual esteja fugindo, passou a ser mencionado de forma preliminar e indireta, através

⁵⁴² JUBILUT, Liliana Lyra. O direito internacional dos refugiados e sua aplicação no ordenamento jurídico brasileiro. São Paulo: Método, 2007. p. 34.

⁵⁴³ Esse documento também foi chamado de “Passaporte Nansen”, em alusão a seu criador Fridtjof Nansen, que, à época era o Coordenador do Alto Comissariado para Refugiados Russos.

⁵⁴⁴ LIGA DAS NAÇÕES. **Ajuste Relativo à Expedição de Certificados de Identidade para Refugiados Russos**. Firmado em Genebra em 05 de julho de 1922. Disponível em: <https://www.refworld.org/docid/3dd8b4864.html>. Acesso em 10 jan. 2021.

⁵⁴⁵ FISCHER DE ANDRADE, op. cit., 1996. p. 28.

⁵⁴⁶ Este princípio foi positivado, quando da criação do Estatuto dos Refugiados em 1951, depois da criação da ONU.

de uma recomendação de não expulsão caso o refugiado não preenchesse os requisitos legais de entrada em determinada nação⁵⁴⁷.

A definição jurídica de refugiado, ainda pouco precisa, encontrou-se pela primeira vez em 1926, com o Ajuste Relativo à Expedição de Certificados de Identidade para Refugiados Russos e Armênios e suas condições de refugiado⁵⁴⁸.

Verifica-se que a condição de refugiado no mundo começou de forma específica para determinadas situações, e não para a condição individual, que será abordada com o Estatuto dos Refugiados de 1951.

Antes do mencionado Estatuto, sob o manto protetivo do sistema da ONU e da Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, que em 1931 começaram os primeiros escritos do que seria a Convenção Relativa ao Estatuto Internacional dos Refugiados, a qual ampliava direitos aos refugiados russos e armênios, como direito à educação, ao trabalho e documentos de liberação para viagens⁵⁴⁹.

Em relação ao conceito jurídico de refugiado, este não avançou muito na Convenção Relativa ao Estatuto Internacional dos Refugiados, mas introduziu a possibilidade de situações similares aos dos russos e armênios serem abraçadas por esse documento legal, em seu art. 1º e a reafirmação do princípio da não devolução em seu art. 3º⁵⁵⁰.

No ano de 1933, na Alemanha, com a ascensão de Adolf Hitler e suas políticas antissemitas, com retirada de direitos, a fuga de judeus e principalmente a desnaturalização de alemães ocorreram de maneira assustadora, fez com que eles

⁵⁴⁷ LIGA DAS NAÇÕES. **Disposições relativas ao Estatuto Jurídico de Refugiados Russos e Armênios**. Assinado em Genebra aos 12 de maio de 1926. Disponível em: <https://www.refworld.org/docid/3dd8b4864.html>, Acesso em 10 jan. 2021.

⁵⁴⁸ Russo: Qualquer pessoa com origem russa a qual não goze ou a qual não tenha mais gozado da proteção do Governo da União das Repúblicas Socialistas Soviéticas e a qual não tenha adquirido outra nacionalidade. Armênios: Qualquer pessoa com origem armênia anteriormente de serem súditos do Império Otomano a qual não goze ou a qual não tenha mais gozado da proteção do Governo da República da Turquia e a qual não tenha adquirido outra nacionalidade (LIGA DAS NAÇÕES, 1926).

⁵⁴⁹ LOESCHER, Gil. **Beyond Charity**: international cooperation and the global refugee crisis. Oxford: Oxford University Press, 1993. p.39.

⁵⁵⁰ LIGA DAS NAÇÕES. **Convenção Relativa ao Estatuto Internacional dos Refugiados**. Art. 1º e 2º. Adotada em 28 de julho de 1951 pela Conferência das Nações Unidas de Plenipotenciários sobre o Estatuto dos Refugiados e Apátridas, convocada pela Resolução n. 429 (V) da Assembleia Geral das Nações Unidas, em Genebra, 14 de dezembro de 1950. Entrou em vigor em 22 de abril de 1954. Disponível em: <https://www.refworld.org/docid/3dd8b4864.html>. Acesso em 10 jan. 2021.

adquirissem o status de refugiados, fato que provocou, em 1936, a criação do Alto Comissariado para os Refugiados da Alemanha⁵⁵¹.

Há de se ventilar, que não somente judeus foram colocados como cidadãos de segunda categoria, ou até a perda da nacionalidade alemã, como também os ciganos, homossexuais, e até mesmos os opositores da política nazista, o que demonstra cada vez mais como o tema dos refugiados e a sua proteção devem ser contínuos no espaço internacional e nacional dos Estados⁵⁵².

Com isso, em 1938 foi aprovada a Convenção Relativa aos Refugiados Provenientes da Alemanha, que, nos mesmos moldes dos refugiados russos e armênios, dava a proteção jurídica aos refugiados alemães, como também de forma inédita igualou a situação do apátrida à do refugiado e retirou do rol de beneficiados aquelas pessoas que saíram de seu país por conveniência, além de reiterar o princípio da não devolução, e incluir a perseguição como motivo ensejador do movimento migratório do refúgio⁵⁵³,

Com o agravamento da situação devido ao início da Segunda Guerra Mundial, em 1939 fora adicionado um Protocolo à Convenção de Proteção aos Refugiados Alemães, para adicionar os cidadãos com nacionalidade austríaca, mas que também tinham a nacionalidade alemã, porém não gozavam de proteção jurídica do Estado alemão⁵⁵⁴.

Deve-se colocar à tona que o ato de adição de protocolo coincide com a invasão da Áustria e da Polônia pela Alemanha, que culminou com a Segunda Grande Guerra no mundo.

Logo após, no ano de 1939 fora impulsionada pela Noruega a proposta de extinção tanto do Alto Comissariado para os Refugiados da Alemanha, quanto do Alto Comissariado para os Refugiados da Rússia e da Armênia, criando-se então o

⁵⁵¹ LIGA DAS NAÇÕES. **Alto Comissariado para os Refugiados da Alemanha**. Acordo firmado em 4 de julho de 1936, [S. I.]: 1936. Disponível em: <https://www.refworld.org/docid/3dd8b4864.html>. Acesso em 10 jan. 2021.

⁵⁵² LOESCHER, Gil. **Beyond Charity**: international cooperation and the global refugee crisis. Oxford: Oxford University Press, 1993. p. 45.

⁵⁵³ LIGA DAS NAÇÕES. **Convenção Relativa aos Refugiados Provenientes da Alemanha**. Assinada em Genebra, 10 de fevereiro de 1938. [S. I.]: 1938. Disponível em: <https://www.refworld.org/docid/3dd8b4864.html>, Acesso em 10 jan. 2021.

⁵⁵⁴ Id. **Protocolo a Convenção Relativa aos Refugiados Provenientes da Alemanha**. Protocolo Adicional de 1939, estendendo a pessoas provenientes da Áustria. Alteração do art. 1º. [S. I.]: 1939. Disponível em: <https://www.refworld.org/docid/3dd8b4864.html>. Acesso em 10 jan. 2021.

Alto Comissariado da Liga das Nações para Refugiados (ACLNR), o qual dava início preliminar do que seria a plena e eficaz proteção dos refugiados no mundo, independente de situação política específica em determinado país, ou seja, o elemento subjetivo⁵⁵⁵.

A subjetividade do refugiado em se deslocar na busca da proteção de outra nação, que não seja a sua de origem agravou-se fortemente com o nazismo, durante a Segunda Guerra Mundial, fruto da perseguição em massa não somente de judeus, mas de todos aqueles contrários àquele nefasto sistema.

Com essa situação, paradoxalmente, o conceito de refugiado evoluiu e foi ampliado para aqueles que perderam a sua condição de nacional, de fato, não mais apenas de direito por regras internas de países, como os russos, armênios e alemães, mas todo e qualquer agressão ao direito humano do migrante refugiado⁵⁵⁶.

De igual maneira, mesmo antes do término da Segunda Guerra Mundial já existia a preocupação dos países aliados com os refugiados na Europa, fruto das invasões alemãs naquele Continente, o que impulsionou um acordo, em 1943, para a criação da Administração das Nações Unidas para o Auxílio e Restabelecimento dos Refugiados, assinado pelos Estados Unidos da América, União das Repúblicas Socialistas Soviéticas, Reino Unido e França⁵⁵⁷.

O referido documento tornou-se a primeira instituição de caráter internacional para tratar os direitos humanos dos refugiados de forma ampla, e não mais devido a aspectos políticos específicos, ou seja, o direito migratório passou a ter importância jurídica relevante em todo o mundo.

Nesse sentido, tornou-se urgente a importância do caráter subjetivo individual do refugiado, e não mais o movimento em massa e sem critério para a concessão do refúgio, o que movimentou a necessidade futura de uma legislação universal capaz de filtrar aqueles que realmente devem ser protegidos das mazelas da expulsão de seu país de origem.

⁵⁵⁵ LIGA DAS NAÇÕES. **Alto Comissariado da Liga das Nações para Refugiados**. 1º de janeiro de 1939. [S. l.]: 1939. Disponível em: <https://www.refworld.org/docid/3dd8b4864.html>. Acesso em 10 jan. 2021.

⁵⁵⁶ CARNEIRO, Wellington Pereira. **As mudanças nos ventos e a proteção dos refugiados**. Universitas: Relações Internacionais, Brasília, v. 3, n. 2, 2005. p. 35.

⁵⁵⁷ LIGA DAS NAÇÕES. **Administração das Nações Unidas para o Auxílio e Restabelecimento dos Refugiados**. Assinada pelos países Aliados em novembro de 1943. Genebra, 1943. Disponível em: <https://www.refworld.org/docid/3dd8b4864.html>. Acesso em 10 jan. 2021.

A Administração das Nações Unidas para o Auxílio e Restabelecimento dos Refugiados, além de procurar conceder direitos humanos mínimos aos refugiados no período citado acima, também buscava, se possível, a repatriação do refugiado, além de melhoria das áreas devastadas pela guerra, prestando socorro, e, acima de tudo, tratando seres humanos com humanidade⁵⁵⁸.

Ao fim da Segunda Guerra Mundial, em 1945, surgiram os novos refugiados, cuja motivação desse fluxo migratório, com a saída de seu país de origem, não era mais por perseguição política, mas simplesmente por terem nascidos como judeus, aristocratas russos na época da Revolução Russa de 1917⁵⁵⁹.

De maneira surpreendente no ano de 1945 na Europa existiam mais de 11 milhões de refugiados em pleno deslocamento humano na terra arrasada pelo segundo conflito bélico mundial; destes oito milhões foram repatriados pela excelente ação da Administração das Nações Unidas para o Auxílio e Restabelecimento dos Refugiados, restando sete milhões de pessoas a serem atendidas com o mínimo de dignidade humana⁵⁶⁰.

Com a criação da ONU, em 1945, aliados à grande importância jurídica global dos direitos humanos dos refugiados, em 1946 foram destituídos, ao mesmo tempo, a Liga das Nações, que não conseguiu evitar o horror do conflito armado pela segunda vez, e o Alto Comissariado da Liga das Nações para Refugiados (ACLNR)⁵⁶¹.

Logo depois, agora sob o manto da Organização das Nações Unidas, criada em 1948, criou-se a Organização Internacional para Refugiados (OIR), a qual assumiu os trabalhos também da extinta Administração das Nações Unidas para o Auxílio e Restabelecimento dos Refugiados, que teve o término de suas atividades com o fim da Segunda Guerra Mundial.

⁵⁵⁸ FISCHER DE ANDRADE, José Henrique. **Direito internacional dos refugiados**: evolução histórica 1921-1952. Rio de Janeiro: Renovar, 1996. p. 33.

⁵⁵⁹ ARENDT, Hannah. **Origens do totalitarismo** antisemitismo, imperialismo, totalitarismo. São Paulo: Companhia das Letras, 2005. p. 304.

⁵⁶⁰ ALTO COMISSARIADO DAS NAÇÕES UNIDAS PARA REFUGIADOS. **Uma introdução à proteção internacional**: protegendo pessoas de preocupação do ACNUR. Genebra: Gabinete do Alto Comissariado das Nações Unidas para Refugiados, 2005.

⁵⁶¹ LIGA DAS NAÇÕES. **Assembleia da Liga das Nações de 18 de abril de 1946**. [S. l.], 1946. Disponível em: <https://www.refworld.org/docid/3dd8b4864.html>. Acesso em 10 jan. 2021.

Ainda em 1948 fora aprovada pela ONU a Declaração Universal dos Direitos Humanos, a qual afirmou que todos têm direito a uma nacionalidade, e que não pode ser retirada ou modificada de forma arbitrária, que demonstra a proteção também do direito dos refugiados, pois seu país de origem não mais o protege em âmbito internacional, cabendo a esse normativo suprir sua ausência, fruto da internacionalização dos direitos humanos⁵⁶².

Como reflexo, a OIR⁵⁶³ definiu a categoria jurídica do refugiado de forma mais abrangente perseguindo a condição e questão individual pela raça, religião, etnia, opinião política, que motivam o refúgio, mas, infelizmente, ainda de maneira tradicional, delimitou situações de fatos políticos já mencionados nos períodos antes, durante e depois do Segundo Conflito Mundial⁵⁶⁴.

A Organização Internacional para Refugiado teve suas atividades encerradas em 1952, mesmo o ACNUR ter sido criado em 1950, devido à necessidade de transferência de material humano para a nova organização humanitária, que inaugura a era de atuação mais eficaz na defesa do direito migratório dos refugiados.

⁵⁶² ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. Art. 15. Adotada e proclamada pela Resolução 217 A (III) da Assembleia Geral das Nações Unidas em 10 de dezembro de 1948; Paris, 1948. Disponível em: http://portal.mj.gov.br/sedh/ct/legis_intern/ddh_bib_inter_universal.htm. Acesso em: 12 set. 2021.

⁵⁶³ ASSEMBLEIA GERAL DAS NAÇÕES UNIDAS. **Refugiados e Pessoas Deslocadas** (Constituição da Organização Internacional para Refugiados). Adotada em 28 de julho de 1951 pela Conferência das Nações Unidas de Plenipotenciários sobre o Estatuto dos Refugiados e Apátridas, convocada pela Resolução n. 429 (V) da Assembleia Geral das Nações Unidas, de 14 de dezembro de 1950. Entrou em vigor em 22 de abril de 1954. Disponível em: <http://www.unhcr.org/refworld/docid/3b00f1963c.html>. Acesso em: 14 jan. 2022.

⁵⁶⁴ 1. [...] a toda pessoa que partiu ou que esteja fora, de seu país de nacionalidade, ou no qual tinha sua residência habitual, ou a quem, tenha ou não retido sua nacionalidade, pertença a uma das seguintes categorias: (a) vítimas dos regimes nazista ou fascista ou de regimes que tomaram parte ao lado destes na Segunda Guerra Mundial, ou de regimes traidores ou similares que os auxiliaram contra as Nações Unidas, tenham, ou não, gozado do *status* internacional de refugiado; (b) republicanos espanhóis e outras vítimas do regime falangista na Espanha tenham, ou não, gozado do *status* internacional de refugiado; (c) pessoas que foram consideradas refugiadas, antes do início da Segunda Guerra Mundial, por razões de raça, religião, nacionalidade ou opinião política. 2. [...] estiverem fora de seu país de nacionalidade, ou de residência habitual, e que, como resultado de eventos subsequentes ao início da Segunda Guerra Mundial, estejam incapazes ou indesejadas de se beneficiarem da proteção do governo do seu país de nacionalidade ou nacionalidade pretérita. 3. [...] tendo residido na Alemanha ou na Áustria, e sendo de origem judia ou estrangeira ou apátridas, foram vítimas da perseguição nazistas e detidas, ou foram obrigados a fugir, e foram subsequentemente retornados a um daqueles países como resultado da ação inimiga, ou de circunstâncias de guerra, e ainda não foram definitivamente neles assentados. 4. [...] sejam órfãos de guerra ou cujos parentes desapareceram, e que estejam fora de seus países de nacionalidade (ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL PARA REFUGIADOS, 1951).

Havia ainda a necessidade de que se criasse um regramento mais amplo e protetivo aos refugiados, mas, desta vez, de forma ampla e global, com isso em 1951 fora instituído o Estatuto do Refugiado e em 1967 o Protocolo Relativo ao Estatuto dos Refugiados, tendo a operacionalização e materialização desses direitos normatizados a encargo do ACNUR.

Inicialmente o Estatuto dos Refugiados de 1951 fora ratificado por 12 países⁵⁶⁵, mas sua importância foi fundamental para a internacionalização da proteção dos direitos humanos dos refugiados, sendo o pilar fundamental, passando a definir a categoria de migrante como aquela pessoa que sofre ou teme ser perseguida por motivos de raça, religião, nacionalidade, grupo social ou opiniões políticas⁵⁶⁶.

Com efeito, a definição jurídica da condição de refugiado pela convenção de 1951 avança ao delinear quatro fundamentos necessários para o refúgio como àquele que deve estar fora de sua nação originária, que o Estado originário não demonstre vontade ou esteja incapaz de dar a devida proteção a seu nacional, que estes elementos sejam frutos do temor de perseguição causada por razões de religião, etnia, raça ou opinião política⁵⁶⁷.

O Estatuto dos Refugiados de 1951 vai além do tratamento humano para com o refugiado, concede direitos mínimos como a um trabalho remunerado, à saúde, à previdência social à educação, à livre circulação, a uma identidade e um passaporte, bem como acesso, se assim quiser, ao processo de naturalização no Estado receptor, ou seja, devolve à pessoa sua dignidade humana⁵⁶⁸.

O princípio da não devolução da pessoa refugiada finalmente é positivado como regra a ser obedecida pelos países signatários da referida Convenção, e assim o refugiado não pode ser devolvido pelo Estado que o recebeu para a nação

⁵⁶⁵ Os 12 países que foram inicialmente signatários do Estatuto dos Refugiados foram: Áustria, Bélgica, Colômbia, Dinamarca, Holanda, Iugoslávia, Liechtenstein, Luxemburgo, Noruega, Reino Unido, Suécia e Suíça (ALTO COMISSARIADO [...], 1951).

⁵⁶⁶ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Estatuto dos Refugiados**. Adotada em 28 de julho de 1951 pela Conferência das Nações Unidas de Plenipotenciários sobre o Estatuto dos Refugiados e Apátridas, convocada pela Resolução n. 429 (V) da Assembleia Geral das Nações Unidas, de 14 de dezembro de 1950. Entrou em vigor em 22 de abril de 1954. Genebra: 1951. Disponível em: <http://www2.mre.gov.br/dai/refugiados.htm>. Acesso em: 12 abr. 2019.

⁵⁶⁷ GOODWIN-GILL, Guy; MCADAM, Jane. **Refugee in International Law**. Oxford: Oxford University Press, 4. ed. 2021. p. 34.

⁵⁶⁸ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Estatuto dos Refugiados**, op. cit., 1951.

que o percebe, exceto que tenha cometido grave crime no seu país de origem com condenação em definitivo e que possa provocar insegurança no novo local de procura para se proteger da perseguição⁵⁶⁹.

Com o passar dos anos e por novos eventos migratórios de refugiados no mundo, especialmente o processo de descolonização da África, no qual fronteiras foram redesenhadas e povos foram remanejados devido a diferenças culturais, tornou-se necessário realizar a mudança do Estatuto dos Refugiados de 1951, com o seu Protocolo adicional de 1967, principalmente no que concerne ao art. 1, que delimitava o direito ao refúgio para eventos ocorridos antes de 1951⁵⁷⁰.

A definição de refugiado indica ser aquela pessoa que se encontra com seus direitos humanos desprotegidos dentro de seu país de origem, através dos conceitos do direito internacional humanitário⁵⁷¹.

Para o refúgio gerar reflexo no âmbito do direito internacional faz-se necessária, no entanto, a saída dessa pessoa de um país para outro, pois somente os tratados internacionais de direitos humanos impõe esta obrigação de acolhida pelos Estados nacionais receptores.

Com efeito, o direito ao refúgio não ocorre de manifestação livre para que o indivíduo deixe seu local de origem, mas sim porque é obrigado a fugir das péssimas condições em seu local de origem para não perder a vida, a liberdade, o direito de professar qualquer tipo de religião, opção sexual, ou seja, um total desrespeito da mínima proteção de sua dignidade humana, buscando assim um porto seguro em uma nova nação⁵⁷².

O refúgio nada mais é do que a fuga para um lugar seguro, no qual a vida pode ser preservada, não só pela existência física no mundo, mas também como condição de sociabilidade e de convívio digno com outras pessoas, na procura do mínimo existencial humano.

⁵⁶⁹ GOODWIN-GILL, Guy; MCADAM, Jane. **Refugee in International Law**. Oxford: Oxford University Press, 4. ed. 2021. p.36.

⁵⁷⁰ Art. 1º §2. Para os fins do presente Protocolo, o termo “refugiado” [...] significa qualquer pessoa que se enquadre na definição dada no artigo primeiro da Convenção, como se as palavras “em decorrência dos acontecimentos ocorridos antes de 1º de janeiro de 1951 e...” e as palavras “como consequência de tais acontecimentos” não figurassem do §2 da seção A do artigo primeiro (PROCOLO [...], 1967).

⁵⁷¹ SOUSA, Mônica Teresa Costa. **Direito internacional humanitário**. Curitiba: Juruá, 2011. p. 172

⁵⁷² BARBOSA, Luciano Pestana; HORA, José Roberto Sagrado da. **A polícia federal e a proteção internacional dos refugiados**. Brasília: ACNUR, 2007. p. 34.

Como um Direito Internacional Humanitário, o refúgio não pode ser negado, pois é um dever do Estado sua concessão, define-se como violação de caráter racial, religioso, de opção sexual, ou seja, de tutelas mais coletivas do que individuais, tanto que é regulado por Tratados Internacionais, já o asilo político é ato discricionário de cada país, é o direito de opinião violado, sendo individualizado e sem permissivo legal em instrumentos internacionais, nasce da praxe das relações entre países⁵⁷³.

Esta individualização do direito humano ferido para a concessão do refúgio, no entanto, se apresenta de forma concomitante, pois sua definição se dá pelo critério subjetivo, pelas declarações coerentes do perseguido, alinhados a objetividade da situação atual do país de origem do solicitante, e ao se juntar estes elementos se constrói o direito a proteção desta pessoa pelo Estado receptor⁵⁷⁴.

De pronto, em havendo um pedido de refúgio de forma coletiva ou familiar, deve-se mitigar este elemento subjetivo, e maximizar a objetividade, no encaixe das ofensas de Direitos Humanos, como conflito armado, degradação total do Estado de origem na proteção mínima da dignidade humana, ou violência generalizada, além de outros.

Caso o deslocamento seja sem motivação alguma, recai-se na definição já apresentada de simples migração, ou seja, todo asilado ou refugiado é migrante, pois se desloca para outro país, mas o inverso não é verdadeiro pelos motivos apresentados.

Antes desse Estatuto, sob o manto protetivo do sistema da ONU e da Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, que em 1931 começaram os primeiros escritos do que seria a Convenção Relativa ao Estatuto Internacional dos Refugiados, na qual ampliava direitos aos refugiados russos e armênios, como direito à educação, ao trabalho e documentos de liberação para viagens⁵⁷⁵.

Em relação ao conceito jurídico de refugiado não se avança muito nesta Convenção Relativa ao Estatuto Internacional dos Refugiados, mas introduziu a

⁵⁷³ PORTELA, Paulo Henrique Gonçalves. Direito Internacional Público e Privado. 3a ed. Salvador: Juspodivm. 2011. p. 312.

⁵⁷⁴ ANNONI, Dannielle ; VALDES, Lysian Carolina. O Direito Internacional dos Refugiados e o Brasil. Curitiba: Juruá. 2013. p.35.

⁵⁷⁵ LOESCHER, Gil. **Beyond Charity**: International cooperation and the global refugee crisis. Oxford: Oxford University Press, 1993. p. 39.

possibilidade de situações similares aos dos russos e armênios serem abraçadas por este documento legal, em seu art. 1º e a reafirmação do princípio da não devolução em seu art. 3º ⁵⁷⁶.

No ano de 1933 na Alemanha com a ascensão de Adolf Hitler e suas políticas antisemitas, com retirada de direitos, a fuga de judeus e principalmente a desnaturalização de alemães de maneira assustadora, que passaram a ter a condição de refugiados provocou em 1936 a criação do Alto Comissariado para os Refugiados da Alemanha ⁵⁷⁷.

Há de se ventilar, que não somente judeus foram colocados como cidadãos de segunda categoria, ou até a perda da nacionalidade alemã, como também os ciganos, homossexuais, e até mesmos os opositores da política nazista, o que demonstra mais uma vez como o tema dos refugiados e a sua proteção deve ser contínua no espaço internacional e nacional dos Estados ⁵⁷⁸.

Com isso, em 1938 foi aprovada a Convenção Relativa aos Refugiados Provenientes da Alemanha, que nos mesmos moldes dos refugiados russos e armênios dava a proteção jurídica aos refugiados alemães, como também de forma inédita igualou a situação do apátrida à do refugiado e retirou do rol de beneficiados aquelas pessoas que saíram de seu país por conveniência, além de reiterar o princípio da não devolução, e incluir a perseguição como motivo ensejador do movimento migratório do refúgio ⁵⁷⁹,

Com o agravamento desta situação pelo início da Segunda Guerra Mundial, que em 1939 foi adicionado um Protocolo a esta convenção de proteção aos refugiados alemães, para adicionar os cidadãos com nacionalidade austríaca, mas

⁵⁷⁶ LIGA DAS NAÇÕES. **Convenção Relativa ao Estatuto Internacional dos Refugiados**. Art. 1º e 2º. Adotada em 28 de julho de 1951 pela Conferência das Nações Unidas de Plenipotenciários sobre o Estatuto dos Refugiados e Apátridas, convocada pela Resolução n. 429 (V) da Assembleia Geral das Nações Unidas, em Genebra, 14 de dezembro de 1950. Entrou em vigor em 22 de abril de 1954. Disponível em: <https://www.refworld.org/docid/3dd8b4864.html>. Acesso em 10 jan. 2021.

⁵⁷⁷ Id. **Alto Comissariado para os Refugiados da Alemanha**. Disponível em: <https://www.refworld.org/ocid/3dd8b4864.html>, Acesso em 10 jan. 2021.

⁵⁷⁸ LOESCHER, Gil. **Beyond Charity**: International cooperation and the global refugee crisis. Oxford: Oxford University Press, 1993. p. 45.

⁵⁷⁹ LIGA DAS NAÇÕES. **Convenção Relativa aos Refugiados Provenientes da Alemanha**. [S. l.], 10 de fevereiro de 1938. Disponível em: <https://www.refworld.org/docid/3dd8b4864.html>. Acesso em 10 de jan. 2021.

que também tinham a nacionalidade alemã, mas não gozavam de proteção jurídica do Estado alemão⁵⁸⁰.

Deve-se colocar à tona, que este ato de adição de protocolo, coincide com a invasão da Áustria e da Polônia pela Alemanha, que culminou com a segunda Grande Guerra no mundo.

Logo após, no ano de 1939 fora impulsionado pela Noruega a proposta de extinção tanto do Alto Comissariado para os Refugiados da Alemanha, quanto do Alto Comissariado para os Refugiados da Rússia e da Armênia, criando-se então o Alto Comissariado da Liga das Nações para Refugiados (ACLNR), o qual dava início preliminar do que seria a plena e eficaz proteção dos refugiados no mundo, independente de situação política específica em determinado país, ou seja, o elemento subjetivo⁵⁸¹.

Esta subjetividade do refugiado em se deslocar na busca da proteção de outra nação, que não seja a sua de origem se agrava fortemente com o nazismo durante a Segunda Guerra Mundial fruto da perseguição em massa, não somente de judeus, mas todos aqueles contrários a este nefasto sistema.

Com esta situação paradoxalmente evoluiu-se o conceito de refugiado, que agora se ampliava para aqueles que perderam a sua condição de nacional de fato, não mais apenas de direito por regras internas de países, como os russos, armênios e alemães, mas todo e qualquer ferimento ao direito humano do migrante refugiado⁵⁸².

De igual maneira, mesmo antes do término da Segunda Guerra Mundial já existia a preocupação dos países aliados com os refugiados na Europa, fruto das invasões alemãs naquele continente, o que impulsionou um acordo em 1943 para a criação da Administração das Nações Unidas para o Auxílio e Restabelecimento dos

⁵⁸⁰ LIGA DAS NAÇÕES. **Alto Protocolo a Convenção Relativa aos Refugiados Provenientes da Alemanha**. Alteração do art. 1º. [S. l.], 1938. Disponível em: <https://www.refworld.org/docid/3dd8b4864.htm>, Acesso em 10 jan. 2021.

⁵⁸¹ Id. **Alto Comissariado da Liga das Nações para Refugiados**. 1º de janeiro de 1939. [S. l.], 1939. Disponível em: <https://www.refworld.org/docid/3dd8b4864.html>, Acesso em 10 de jan. 2021.

⁵⁸² CARNEIRO, Wellington Pereira. **As mudanças nos ventos e a proteção dos refugiados**. Universitas: Relações Internacionais, Brasília, v. 3, n. 2, 2005. p.35.

Refugiados, assinado pelos Estados Unidos da América, União das Repúblicas Socialistas Soviéticas, Reino Unido e França⁵⁸³.

Torna-se a primeira instituição de carácter internacional para tratar os direitos humanos dos refugiados de forma ampla, e não mais devido a aspectos políticos específicos, ou seja, o direito migratório passa a ter importância jurídica relevante em todo o mundo.

Como também, urge a importância do carácter subjetivo individual do refugiado, e não mais o movimento em massa e sem critério para a concessão do refúgio, o que movimenta a necessidade futura de uma legislação universal capaz de filtrar aqueles que realmente devem ser protegidos das mazelas da expulsão de seu país de origem.

A Administração das Nações Unidas para o Auxílio e Restabelecimento dos Refugiados além de procurar conceder direitos humanos mínimos aos refugiados neste período acima, também buscava se possível a repatriação do refugiado, além de melhoria das áreas devastadas pela guerra, prestando socorro, e acima de tudo tratando seres humanos com humanidade⁵⁸⁴.

Ao fim da Segunda Guerra Mundial, em 1945, surgiram os novos refugiados, que a motivação deste fluxo migratório com a saída de seu país de origem não era mais por perseguição política, mas simplesmente por terem nascidos como judeus, aristocratas russos na época da Revolução Russa de 1917⁵⁸⁵.

De maneira surpreendente no ano de 1945 na Europa existiam mais de 11 milhões de refugiados em pleno deslocamento humano na terra arrasada pelo segundo conflito bélico mundial, que deste tanto oito milhões foram repatriados pela excelente ação da Administração das Nações Unidas para o Auxílio e Restabelecimento dos Refugiados, restando 7 milhões de pessoas a serem atendidas com o mínimo de dignidade humana⁵⁸⁶.

⁵⁸³ LIGA DAS NAÇÕES. **Administração das Nações Unidas para o Auxílio e Restabelecimento dos Refugiados**. Assinada pelos países Aliados em novembro de 1943. Genebra, 1943. Disponível em: <https://www.refworld.org/docid/3dd8b4864.html>, Acesso em 10 jan. 2021.

⁵⁸⁴ FISCHER DE ANDRADE, José Henrique. *Direito internacional dos refugiados: evolução histórica 1921-1952*. Rio de Janeiro: Renovar, 1996. p. 33.

⁵⁸⁵ ARENDT, Hannah. *Origens do totalitarismo: antissemitismo, imperialismo, totalitarismo*. São Paulo: Companhia das Letras, 2005. p.304.

⁵⁸⁶ ALTO COMISSARIADO DAS NAÇÕES UNIDAS PARA REFUGIADOS. *Uma Introdução à Proteção Internacional: Protegendo Pessoas de Preocupação do ACNUR*. Genebra: Gabinete do Alto Comissariado das Nações Unidas para Refugiados, 2005.

Com a criação da ONU em 1945, aliado a grande importância jurídica global dos direitos humanos dos refugiados, que em 1946 foram destituídos ao mesmo tempo a Liga das Nações, que não conseguiu evitar o horror do conflito armado pela segunda vez, e o Alto Comissariado da Liga das Nações para Refugiados (ACLNR)⁵⁸⁷.

Logo depois, agora sob o manto da Organização das Nações Unidas, que foi criada em 1948 a Organização Internacional para Refugiados (OIR), a qual assumiu os trabalhos também da extinta Administração das Nações Unidas para o Auxílio e Restabelecimento dos Refugiados, que teve o término de suas atividades com o fim da Segunda Guerra Mundial.

Neste mesmo ano de 1948 fora aprovada pela ONU a Declaração Universal dos Direitos Humanos, que afirmou que todos têm direito a uma nacionalidade, e que não pode ser retirada ou modificada de forma arbitrária, que demonstra a proteção também do direito dos refugiados, pois seu país de origem não mais o protege em âmbito internacional, cabendo este normativo suprir esta ausência, fruto da internacionalização dos direitos humanos⁵⁸⁸.

Como reflexo, a OIR⁵⁸⁹ definiu a categoria jurídica do refugiado de forma mais abrangente perseguindo a condição e questão individual pela raça, religião, etnia, opinião política, que motivam o refúgio, mas infelizmente ainda de maneira tradicional delimitou situações de fatos políticos já mencionados nos períodos antes, durante e depois do segundo conflito mundial⁵⁹⁰.

⁵⁸⁷ LIGA DAS NAÇÕES. **Assembleia da Liga das Nações de 18 de abril de 1946**. [S. l.], 1946. Disponível em: <https://www.refworld.org/docid/3dd8b4864.html>, Acesso em 10 de jan. de 2021.

⁵⁸⁸ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. Art. 15. Adotada e proclamada pela Resolução 217 A (III) da Assembleia Geral das Nações Unidas em 10 de dezembro de 1948. Paris, 1948 Disponível em http://portal.mj.gov.br/sedh/ct/legis_intern/ddh_bib_inter_universal.htm. Acesso em: 12 set. 2021.

⁵⁸⁹ ASSEMBLEIA GERAL DAS NAÇÕES UNIDAS. **Refugiados e Pessoas Deslocadas** (Constituição da Organização Internacional para Refugiados). Disponível em: <http://www.unhcr.org/refworld/docid/3b00f1963c.html>. Acesso em: 14 jan. 2022.

⁵⁹⁰ 1. [...] a toda pessoa que partiu ou que esteja fora, de seu país de nacionalidade, ou no qual tinha sua residência habitual, ou a quem, tenha ou não retido sua nacionalidade, pertença a uma das seguintes categorias: (a) vítimas dos regimes nazista ou fascista ou de regimes que tomaram parte ao lado destes na Segunda Guerra Mundial, ou de regimes traidores ou similares que os auxiliaram contra as Nações Unidas, tenham, ou não, gozado do *status* internacional de refugiado; (b) republicanos espanhóis e outras vítimas do regime falangista na Espanha tenham, ou não, gozado do *status* internacional de refugiado; (c) pessoas que foram consideradas refugiadas, antes do início da Segunda Guerra Mundial, por razões de raça, religião, nacionalidade ou opinião política. 2. [...] estiverem fora de seu país de nacionalidade, ou de residência habitual, e que, como resultado de eventos subsequentes ao início da Segunda Guerra Mundial, estejam incapazes ou

Inicialmente o Estatuto dos Refugiados de 1951 fora ratificado por 12 países⁵⁹¹, mas sua importância foi fundamental para a internacionalização da proteção dos direitos humanos dos refugiados, sendo o pilar fundamental, passando a definir esta categoria de migrante como aquela pessoa que sofre ou teme ser perseguida por motivos de raça, religião, nacionalidade, grupo social ou opiniões políticas⁵⁹².

O asilo, de maneira geral, é tratado de forma genérica como ato de determinado Estado em receber aquela pessoa que sofre perseguição de outra nação, por motivos políticos, de raça, etnia, religião e ferimento a seus direitos humanos, como bem definida pelo ACNUR, que determina ser o solicitante de asilo, aquele indivíduo que se encontra à espera da decisão de concessão do refúgio⁵⁹³.

Dentro dessa compreensão, a Declaração Universal de Direitos Humanos de 1948 traz a mesma perspectiva de que o refúgio nada mais é do que asilo, mas nem todo asilo é um refúgio, pois “[...] todo homem, vítima de perseguição tem o direito de procurar e de gozar asilo em outros países”⁵⁹⁴.

Confirma-se o acima exposto quando o ACNUR⁵⁹⁵ define o asilo como um cobertor jurídico protetivo de grande tamanho, capaz de conceder a proteção

indesejadas de se beneficiarem da proteção do governo do seu país de nacionalidade ou nacionalidade pretérita. 3. [...] tendo residido na Alemanha ou na Áustria, e sendo de origem judia ou estrangeira ou apátridas, foram vítimas da perseguição nazistas e detidas, ou foram obrigados a fugir, e foram subsequentemente retornados a um daqueles países como resultado da ação inimiga, ou de circunstâncias de guerra, e ainda não foram definitivamente neles assentados. 4. [...] sejam órfãos de guerra ou cujos parentes desapareceram, e que estejam fora de seus países de nacionalidade (ORGANIZAÇÃO [...] 1951 Art. 1º, 2º, 3º e 4º).

⁵⁹¹ Os 12 países que foram inicialmente signatários do Estatuto dos Refugiados foram: Áustria, Bélgica, Colômbia, Dinamarca, Holanda, Iugoslávia, Liechtenstein, Luxemburgo, Noruega, Reino Unido, Suécia e Suíça (ALTO COMISSARIADO [...], 1951).

⁵⁹² ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Estatuto dos Refugiados. Art. 1º A §1º. Disponível em: <http://www2.mre.gov.br/dai/refugiados.htm>. Acesso em: 12 abr. 2019.

⁵⁹³ Solicitante de asilo é aquela pessoa a qual requereu asilo, que ainda não obteve a decisão final por parte do país que poderá dar-lhe ou não a condição jurídica de refugiado (ALTO COMISSARIADO [...], 2001, p. 125).

⁵⁹⁴ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU) - **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. Adotada e proclamada pela Resolução 217 A (III) da Assembleia Geral das Nações Unidas em 10 de dezembro de 1948 Paris, 1948. Disponível em: http://portal.mj.gov.br/sedh/ct/legis_intern/ddh_bib_inter_universal.htm. Acesso em: 12 set. 2021.

⁵⁹⁵ ALTO COMISSARIADO DAS NAÇÕES UNIDAS PARA REFUGIADOS. **Proteção de refugiados**: Um guia para o direito internacional dos refugiados. Genebra: Gabinete do Alto Comissariado das Nações Unidas para os Refugiados, 2001, p. 125. Disponível em: <https://www.acnur.org/portugues/wp-content/uploads/2018/02/O-Direito-Internacional-dos-Refugiados-e-sua-Aplica%C3%A7%C3%A3o-no-Ordenamento-Jur%C3%ADdico-Brasileiro.pdf>. Acesso em 12 de jan. 2022

mínima, em especial o princípio da não devolução, mesmo que de forma temporária para que o Estado que receba o refugiado não o devolva para a nação que possa atentar contra sua dignidade humana e até a vida, enquanto a solicitação de refúgio seja resolvida, devido à Convenção de 1951 e legislações nacionais, a exemplo do Brasil com a Lei nº 1.3445/2017⁵⁹⁶.

Da mesma forma, a hermenêutica jurídica do direito ao asilo oriundo da Declaração de 1948, elava-o à categoria de direito fundamental do ser humano de não ser perseguido, pois “[...] a perseguição a uma pessoa caracteriza grave violação aos direitos humanos [...]”⁵⁹⁷ e “[...] cada solicitação de asilo é resultado de um forte padrão de violência a direitos universalmente garantidos”⁵⁹⁸.

A acolhida, pelos Estados, de estrangeiros perseguidos sempre foi prática comum, mas, na procura de dar maior efetividade a esse instituto jurídico do asilo, tornou-se necessária, dentro das regras internacionais, separar o asilo político do refúgio, e entender que as duas categorias são oriundas do gênero asilo⁵⁹⁹.

No que tange ao asilo político, este traz em sua espécie a motivação mais restrita e delineada ao direito de migrar, pois consiste na proteção dada por um Estado a determinada pessoa, que tenha sua vida, dignidade e liberdade ameaçadas por autoridades de outra nação, tendo como causa a opinião política divergente desse indivíduo⁶⁰⁰.

O asilo político traz em sua espécie a motivação mais restrita e delineada ao direito de migrar, pois consiste na proteção dada por um Estado a determinada pessoa, que tenha sua vida, dignidade e liberdade ameaçadas por autoridades de uma nação, tendo como causa a opinião política divergente deste indivíduo⁶⁰¹.

Há de se ventilar, entretanto, que a perseguição pelo Estado do que pede asilo pode ocorrer tanto em sua pátria natal, quanto em outra nação, mas a

⁵⁹⁶ BRASIL. Lei nº 13.445, de 24 de maio de 2017. Lei da Migração. Institui a Lei de Migração. **Diário Oficial da União** - Seção 1 - 25/5/2017, p. 1. Brasília, DF, 2017.

⁵⁹⁷ PIOVESAN, Flávia. O direito de asilo e a proteção internacional dos refugiados. *In*: ARAÚJO, Nádia de; ALMEIDA, Guilherme Assis de (Coord.). **O Direito internacional dos refugiados: uma perspectiva brasileira**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 30.

⁵⁹⁸ *Ibid.* p. 32.

⁵⁹⁹ JUBILUT, Lílíana Lyra. O direito internacional dos refugiados e sua aplicação no ordenamento jurídico brasileiro. São Paulo: Método, 2007. p. 39

⁶⁰⁰ PORTELA, Paulo Henrique Gonçalves. **Direito internacional público e privado**. 3. ed. Salvador: Juspodivm. 2011. p. 308.

⁶⁰¹ *Ibid.*, p. 308.

divergência política e de opinião não devem ser entendidas como crime comum, uma vez que na esfera do direito penal são situações em que não se fere a ordem política democrática, mas sim perseguição, por vezes, de sistemas totalitários⁶⁰².

Essas definições se complementam e ampliam a proteção ao asilado político, para qualquer lugar, no qual esteja sendo perseguido por opiniões diversas do sistema político implantado, tendo ainda seu nascimento primário na Declaração Universal dos Direitos Humanos, artigo 14 que concede a “ [...] todo homem, vítima de perseguição tem o direito de procurar e de gozar asilo em outros países.”⁶⁰³.

No espectro da proteção dada pelo asilo político, este pode ser de caráter territorial, no qual a pessoa, devido à perseguição política de suas opiniões, entra em determinado país, e requer o benefício; e o diplomático, quando o indivíduo, pelos mesmos motivos, entra em território nacional por extensão de determinado Estado, como embaixada, consulados, e solicita a devida proteção de sua vida deste direito⁶⁰⁴.

A concessão do asilo político em qualquer dos tipos apresentados, no entanto, não pressupõe uma autorização imediata da nação receptora do asilado, pois envolve relações internacionais entre nações e desgastes diplomáticos, mas é direito da pessoa requerer o benefício desde que preenchido o requisito da perseguição política por opinião.

Para a definição de refugiado abrange aquela pessoa que se encontra com seus direitos humanos desprotegidos dentro de seu país de origem, através dos conceitos do direito internacional humanitário⁶⁰⁵.

Trata-se, portanto, da primeira grande diferença entre asilo e refúgio, ou seja, a condição de refugiado se adquire sem a necessidade de atravessar as fronteiras de seu Estado de origem, diferente do asilado, que, para adquirir esse direito, precisa sair de seu país e esperar o aceite ou não da nação de destino.

Para o refúgio gerar reflexo no âmbito do direito internacional, faz-se necessária, no entanto, a saída da pessoa de um país para outro, pois somente os

⁶⁰² REZEK, Francisco. **Direito internacional público**. 10. ed. São Paulo: Saraiva. 2007. p.45.

⁶⁰³ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU) - **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. Adotada e proclamada pela Resolução 217 A (III) da Assembleia Geral das Nações Unidas em 10 de dezembro de 1948. Paris, 1948, Disponível em http://portal.mj.gov.br/sedh/ct/legis_intern/ddh_bib_inter_universal.htm. Acesso em: 12 set. 2021.

⁶⁰⁴ REZEK, op. cit., 2007, p. 56.

⁶⁰⁵ SOUSA, Mônica Teresa Costa. **Direito internacional humanitário**. Curitiba: Juruá, 2011. p.172

tratados internacionais de direitos humanos impõem esta obrigação de acolhida pelos Estados nacionais receptores.

Com efeito, o refúgio não ocorre de manifestação livre para que o indivíduo deixe seu local de origem, mas sim porque é obrigado a fugir das péssimas condições em seu local de origem para não perder a vida, a liberdade, o direito de professar qualquer tipo de religião, opção sexual, ou seja, um total desrespeito da mínima proteção de sua dignidade humana, buscando assim um porto seguro em uma nova nação⁶⁰⁶.

O refúgio nada mais é do que a fuga para um lugar seguro, no qual a vida pode ser preservada, não somente pela existência física no mundo, mas também como condição de sociabilidade e de convívio digno com outras pessoas, na procura do mínimo existencial humano.

Ademais o refúgio é uma medida de ordem humanitária, motivada pela raça, nacionalidade, religião, grupo social ou opinião política, com base no temor de perseguição, tendo sua aplicação feita fora do Estado de origem do refugiado. No que se aplica ao asilado político, deve existir a real perseguição por opinião diferente, acontecendo dentro ou fora do território da nação, e, principalmente, tem caráter político para sua concessão⁶⁰⁷.

Há similitude entre os dois institutos, o asilo político e o refúgio se assentam na proteção da vida daqueles que são perseguidos, baseia-se no princípio da solidariedade, sem a obrigação de reciprocidade pré-existente, não exclusão desses direitos devido à determinada nacionalidade, e, por fim, proíbem o retorno daquela pessoa ao Estado ofensor de seus direitos humanos⁶⁰⁸.

Desta feita, nos sistemas regionais como na Europa e África, o direito migratório do asilo na forma *lato sensu* aplica-se às normas do refúgio, já o asilo político, como demonstrado, advém do ideal de soberania de cada Estado-nação em conceder ou não, a depender das condições políticas existentes, e possíveis retaliações às nações, que recebem estas pessoas.

⁶⁰⁶ BARBOSA, Luciano Pestana; HORA, José Roberto Sagrado da. **A polícia federal e a proteção internacional dos refugiados**. Brasília: ACNUR, 2007. p. 34.

⁶⁰⁷ PIOVESAN, Flávia. **O direito de asilo e a proteção internacional dos refugiados**. In: ARAÚJO, Nádia de; ALMEIDA, Guilherme Assis de (Coord.). **O Direito Internacional dos Refugiados: uma perspectiva brasileira**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p.37.

⁶⁰⁸ TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. **Tratado de direito internacional dos direitos humanos**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1997, v. 1, p. 45.

Na América Latina, todavia, o asilo político é tratado de modo adverso em relação ao mundo, pois, devido às ditaduras militares acontecidas no século passado em diversos países, com ausência de longos períodos de democracia, fizeram com que as nações deste continente, através de acordos e tratados avançassem no direito migratório, sem nenhuma interferência externa, apenas com o ideal de proteger o livre exercício de opinião política, tão caro a ser conquistado, e, portanto, distanciando-se legalmente do instituto do refúgio⁶⁰⁹.

Ainda no século XIX, o asilo político já era debatido em tratados internacionais como o Tratado de Direito Penal Internacional de Montevidéu, de 1889⁶¹⁰, o qual proibia a entrega de asilado, que solicitou a proteção por motivos políticos, e também a devida extradição caso exista crime comum, como se segue:

Art. 15. – Ningún delincuente asilado en el territorio de un Estado podrá ser entregado a las autoridades de otro, sino de conformidad a las reglas que rigen la extradición.

Art. 16. – El asilo es inviolable para los perseguidos por delitos políticos, pero la Nación de refugio tiene el deber de impedir que los asilados realicen en su territorio actos que pongan en peligro la paz pública de la Nación contra la cual han delinquido.

Art. 17. – El reo de delitos comunes que se asilase en una Legación, deberá ser entregado, por el jefe de ella, a las autoridades locales, previa gestión del Ministerio de Relaciones Exteriores, cuando no lo efectuase espontáneamente. Dicho asilo será respetado con relación a los perseguidos por delitos políticos; pero el jefe de la Legación está obligado a poner inmediatamente el hecho en conocimiento del Gobierno del Estado ante el cual está acreditado, quien podrá exigir que el perseguido sea puesto fuera del territorio nacional, dentro del más breve plazo posible. El jefe de la Legación podrá exigir, a su vez, las garantías necesarias para que el refugiado salga del territorio nacional, respetándose la inviolabilidad de su persona. El mismo principio se observará con respecto a los asilados en los buques de guerra surtos en aguas territoriales⁶¹¹.

⁶⁰⁹ TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. **Tratado de direito internacional dos direitos humanos**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1997, v. 1, p. 46.

⁶¹⁰ PRIMER CONGRESO SUDAMERICANO DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO, **Tratado de Derecho Penal Internacional**. Firmado en Montevideo, el 23 de enero de 1889. Disponível em: <https://sociedip.files.wordpress.com/2013/12/tratado-de-derecho-penal-internacional-montevideo-1889.pdf>. Acesso em 12 jan. 2023.

⁶¹¹ Art. 15. Nenhum delinquente abrigado no território de um Estado poderá ser entregue às autoridades de outro, salvo de acordo com as normas que regem a extradição. (PRIMER [...] 1889). Art. 16 - O asilo é inviolável para os perseguidos por crimes políticos, mas a Nação de refúgio tem o dever de impedir que os requerentes de asilo pratiquem no seu território atos que ponham em perigo a tranquilidade pública da Nação contra a qual tenham ofendido. (Ibid.) Art. 17. O preso de crimes comuns que se refugiar em Legação, deverá ser entregue, pelo chefe desta, às autoridades locais, gestão prévia do Ministério das Relações Exteriores, quando não o fizer espontaneamente. Tal asilo será respeitado em relação aos perseguidos por crimes políticos; mas o chefe da Legação é obrigado a informar imediatamente ao Governo do Estado em que

Em 1928, na cidade de Havana, em Cuba, fora concebida a Convenção sobre Asilo⁶¹², mas que poderia se chamar Convenção sobre Asilo Diplomático, já que em seu teor regula e permite esse tipo de direito migratório, com base no princípio da extraterritorialidade de uma nação, ou seja, solicitado nas embaixadas, navios, aeronaves, como antes definido aqui, mas como o asilo político territorial, ainda se compreende que o cometimento do delito seja de caráter político, como se segue:

Artículo 2 El asilo de delincuentes políticos en Legaciones, navíos de guerra, campamentos as aeronaves militares, será respetado en la medida en que, como un derecho o por humanitaria tolerancia, lo admitieren el uso, las convenciones o las leyes del país de refugio y de acuerdo con las disposiciones siguientes:

Primero: El asilo no podrá ser concedido sino en casos de urgencia y por el tiempo estrictamente indispensable para que el asilado se ponga de otra manera en seguridad⁶¹³.

Pela Convenção sobre Asilo Político de Montevideu de 1933 se dirime a dúvida sobre a obrigatoriedade ou não do Estado concedente do asilo político em caso de existência ou não de reciprocidade, bem como definir se o delito é político ou não, avançando cada vez mais para o ideal de direito migratório mais humanitário do que político⁶¹⁴.

Por derradeiro, mas não menos importante no Brasil com a Lei 13.445/2017, a lei de imigração, o tema do asilo político se eleva em igualdade ao refugiado e

estiver credenciado, o qual poderá exigir o afastamento do perseguido do território nacional, no menor prazo possível. O chefe da Legação poderá, por sua vez, exigir as garantias necessárias para o refugiado sair do território nacional, respeitada a inviolabilidade da sua pessoa. O mesmo princípio será observado com relação aos requerentes de asilo em navios de guerra descarregados em águas territoriais (PRIMER, [...] 1889).

⁶¹² CONVENCION SOBRE ASILO. Firmada en la Sexta Conferencia Internacional Americana.

Habana, el 20 de febrero de 1928. Disponível em: http://www.oas.org/es/sla/ddi/docs/convencion_sobre_asilo_la_habana_1928.pdf. Acesso em: 10 fev. 2021.

⁶¹³ Artigo 2. O asilo de delinquentes políticos em legações, navios de guerra, acampamentos ou aeronaves militares será respeitado na medida em que, por direito ou por tolerância humanitária, usos, convenções ou leis do país de refúgio o admitam e de acordo com as seguintes disposições: Primeira: O asilo só pode ser concedido em caso de urgência e durante o tempo estritamente necessário para que o asilado se assegure de outra forma. (CONVENCION [...]. 1928) .

⁶¹⁴ Artigo 2 Compete ao Estado que dá asilo a qualificação do delito político. Artigo 3 O asilo político, por seu caráter de instituição humanitária, não está sujeito a reciprocidade. Todos podem ficar sob a sua proteção, seja qual for a nacionalidade que pertençam, sem prejuízo das obrigações que na matéria tenha contraído do Estado de que façam parte; mas os Estados que não reconheçam o asilo político, se não com certas limitações ou modalidades, só poderão exercê-lo em países estrangeiros da maneira e dentro dos limites em que o tiverem reconhecido. (Ibid.).

apátrida, concedendo a este tipo de pessoa asilada os mesmos direitos, tanto quando procedente ou durante o processo respectivo⁶¹⁵.

3.2.1 O Direito de Migrar dos Refugiados e Asilados no Sistema Protetivo de Direitos Humanos Europeu

A proteção do direito dos refugiados no Sistema Europeu de Proteção dos Direitos Humanos (SEPDH) não ocorre inicialmente com a criação da CEDH, pois em seu bojo não existe menção ao direito migratório de forma direta já que fora construída em 1950, um ano antes do Estatuto do Refugiado criado sob o manto da ONU.

A proteção indireta ocorre com a proibição dos Estados-membros de expor a perigo da perda da vida de qualquer pessoa, bem como reprime a tortura em qualquer hipótese, ou seja, mesmo não estando o direito do refugiado definido diretamente na CEDH, sua defesa em sede de direitos humanos já proíbe a devolução da pessoa, que possa ser vítima em seu país de origem das atrocidades, uma vez dentro do continente europeu já se encontra sob o manto legal dessa convenção⁶¹⁶.

Para que a situação não ficasse com uma lacuna protetiva, a SEPDH passou a adotar de imediato a convenção dos refugiados da ONU, mas sem internalizar por meio de norma ou regra, o que só aconteceu no ano de 2000, com a Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia em seu art. 18 garantindo o direito ao asilo de forma genérica, o que inclui o refúgio⁶¹⁷.

⁶¹⁵ Art. 27. O asilo político, que constitui ato discricionário do Estado, poderá ser diplomático ou territorial e será outorgado como instrumento de proteção à pessoa. Parágrafo único. Regulamento disporá sobre as condições para a concessão e a manutenção de asilo. Art. 28. Não se concederá asilo a quem tenha cometido crime de genocídio, crime contra a humanidade, crime de guerra ou crime de agressão, nos termos do Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional, de 1998, promulgado pelo Decreto nº 4.388, de 25 de setembro de 2002 (BRASIL, 2017).

⁶¹⁶ CONVENÇÃO EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS. **Convenção para a Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais**. Roma, 4.11.1950. Promulgada pelos Governos signatários, Membros do Conselho da Europa, Art. 2º e 3º. Disponível em: https://www.echr.coe.int/documents/convention_por.pdf. Acesso em 15 dez. 2022.

⁶¹⁷ UNIÃO EUROPEIA. **Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia**. Bruxelas, 18 de dezembro de 2000. Art. 18. Disponível em: <https://fra.europa.eu/pt/eu-charter/article/18-direito-de-asilo>. Acesso em 10 jan. 2023.

Para a materialização dos direitos migratórios dos refugiados na União Europeia foi editada a Diretiva 2011/95/UE, na qual finalmente estabelecia os normativos a serem adotados para conceder o refúgio, aceitando os regulamentos do Estatuto dos Refugiados e avançando com a possibilidade de maior proteção ao criar o Estatuto de Proteção Subsidiária⁶¹⁸.

Nesse trilhar, o princípio da não devolução ou não repulsão do refugiado passou a ser normatizado e tornou-se norma a ser seguida pelos Estados da União Europeia, o que demonstra o respeito à dignidade humana da vítima do refúgio⁶¹⁹.

A perspectiva ampliativa de proteção ao refugiado apresenta-se no Estatuto de Proteção Subsidiária ao ponto que caso a pessoa não se identifique como migrante à procura de refúgio nos moldes da Convenção de 1951 será protegido por essa norma da União Europeia⁶²⁰.

A cobertura legal protetiva ao refugiado na Europa ocorre através do Pedido de Proteção Internacional, que pode ser embasado tanto no Estatuto do Refugiado de 1951, quanto no Estatuto de Proteção Subsidiária, e em caso de conflito normativo a regra mais favorável será aplicada⁶²¹.

A referida norma subsidiária, criada na Europa, concede ao refugiado o direito de receber documentação de identificação, o direito à residência em três anos para refugiados e de um ano para aqueles com proteção subsidiária da norma europeia, demonstrando assim avanços protetivos para além da convenção de Genebra⁶²².

De maneira transversal ao fundado receio de perseguição que impede o retorno do refugiado a seu país de origem, têm-se as vítimas de tráfico humano, de trabalhos abusivos, cujos direitos humanos lhes foram vilipendiados quando impostas as condições degradantes e o seu regresso pode causar inclusive propiciar a perda de sua vida.

Nesse sentido, a União Europeia com a Diretiva 2009/52/CE, em relação ao

⁶¹⁸ DIRETIVA 2011/95/UE DO PARLAMENTO EUROPEU E DO CONSELHO de 13 de dezembro de 2011. Art. 18. [S. I.], 2011. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/ALL/?uri=CELEX:32011L0095>. Acesso em: 12 jan. 2022.

⁶¹⁹ Ibid., Art. 21.

⁶²⁰ Ibid., Art. 1º alíneas “f” e “h”.

⁶²¹ Ibid. Id.

⁶²² DIRETIVA 2011/95/UE DO PARLAMENTO EUROPEU E DO CONSELHO de 13 de dezembro de 2011. Art. 22-30. [S. I.], 2011. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/ALL/?uri=CELEX:32011L0095>. Acesso em: 12 jan. 2022.

trabalho abusivo, autorizava a pessoa menor de idade ou não, que fora vítima dessa forma irregular de emprego a ter direito a residência temporária, como forma de facilitar a apresentação de queixa formal contra esse tipo lastimável de empregador⁶²³.

A Diretiva 2004/81/CE do Conselho Europeu promoveu a proteção às vítimas de tráfico humano, ou a pessoa que seja utilizada de forma coercitiva para promover a imigração irregular, definindo um prazo de reflexão para esse indivíduo pedir o direito à residência, sem a possibilidade de expulsão e regresso a seu país originário, bem como, caso exista cooperação com as autoridades dos Estados na União Europeia, ser-lhe-á concedida uma autorização de residência de seis meses pelo menos, renováveis pelo mesmo período⁶²⁴.

3.2.2 O Direito de Migrar dos Refugiados e Asilados no Sistema Protetivo de Direitos Humanos Americano

No Sistema Interamericano de Proteção de Direitos Humanos (SIPDH) de forma diferente ao europeu apresentou em seu texto legal, pela Convenção Americana de Direitos Humanos (CADH), a proteção do direito migratório dos refugiados, reflexo da legislação do Estatuto de 1951, pois “[...] toda pessoa tem o direito de buscar e receber asilo em território estrangeiro, em caso de perseguição por delitos políticos ou comuns conexos com delitos políticos e de acordo com a legislação de cada Estado e com os convênios internacionais”⁶²⁵.

Nota-se que a CADH traz a palavra asilo, como o direito migratório a ser concedido, mas, em verdade, compreende também o refúgio, tanto que o princípio da não devolução do refugiado, pois

⁶²³ DIRETIVA 2009/52/CE DO CONSELHO EUROPEU de 18 de junho de 2009. Art. 13.4. . [S. I.], 2009. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/ALL/?uri=CELEX%3A32009L0052>. Acesso em 12 de jan. 2022

⁶²⁴ DIRETIVA 2004/81/CE DO CONSELHO EUROPEU de 29 de abril de 2004. Art. 6º e 8º. [S. I.], 2004. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/ALL/?uri=CELEX%3A32004L0081>. Acesso em 12 jan. 2022.

⁶²⁵ ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS (OEA). **Convenção Americana sobre Direitos Humanos**. Assinada na Conferência Especializada Interamericana sobre Direitos Humanos, San José, Costa Rica, em 22 de novembro de 1969. Art. 22.7. Disponível em: http://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm. Acesso em: 12 ago. 2020..

[...] em nenhum caso o estrangeiro pode ser expulso ou entregue a outro país, seja ou não de origem, onde seu direito à vida ou à liberdade pessoal esteja em risco de violação por causa da sua raça, nacionalidade, religião, condição social ou de suas opiniões políticas.⁶²⁶

Indo mais além, a parte preambular da CADH concebe que os direitos humanos não derivam do fato de determinada pessoa ser nacional de algum Estado, mas simplesmente do fato de ser pessoa, e de ter direito e respeito a sua condição humana, e, nesse ponto, reafirma a igualdade necessária entre o nacional e o migrante⁶²⁷.

Reforça ainda mais a busca da igualdade na defesa dos direitos humanos, também pela Convenção Americana ao definir em seus Art. 1.1 e 1.2, que não deve existir a discriminação em relação a qualquer pessoa sejam elas refugiados, asilados ou apátridas (migrantes) ou nacionais, por motivo de raça, etnia, religião, sexo e opinião política⁶²⁸.

Como fruto do Colóquio do México sobre Asilo e Proteção Internacional dos Refugiados na América Latina, que em 1984 a Carta de Cartagena evolui com as definições de refugiados no sistema interamericano, abraçando de vez o Estatuto dos Refugiados de 1951 e adicionando novas possibilidades dentro da ampliação do cobertor protetivo dos direitos humanos⁶²⁹.

Dez anos depois, em 1994, houve a Declaração de São José sobre Refugiados e Pessoas Deslocadas, que, além de afirmar todos os princípios inerentes aos refugiados, traz à tona a problemática dos deslocados internos, que,

⁶²⁶ Ibid. Art. 22.8.

⁶²⁷ Os Estados americanos signatários da presente Convenção, **Reconhecendo** que os direitos essenciais do homem não derivam do fato de ser ele nacional de determinado Estado, mas sim do fato de ter como fundamento os atributos da pessoa humana, razão por que justificam uma proteção internacional, de natureza convencional, coadjuvante ou complementar da que oferece o direito interno dos Estados americanos. (ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS **Preâmbulo**, 1969)

⁶²⁸ Artigo 1.1 Os Estados Partes nesta Convenção comprometem-se a respeitar os direitos e liberdades nela reconhecidos e a garantir seu livre e pleno exercício a toda pessoa que esteja sujeita à sua jurisdição, sem discriminação alguma por motivo de raça, cor, sexo, idioma, religião, opiniões políticas ou de qualquer outra natureza, origem nacional ou social, posição econômica, nascimento ou qualquer outra condição social. 1.2. Para os efeitos desta Convenção, pessoa é todo ser humano. (ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS, 1969).

⁶²⁹ [...] considere também como refugiados as pessoas que tenham fugido dos seus países porque a sua vida, segurança ou liberdade tenham sido ameaçadas pela violência generalizada, a agressão estrangeira, os conflitos internos, a violação maciça dos direitos humanos ou outras circunstâncias que tenham perturbado gravemente a ordem pública. (DECLARAÇÃO DE CARTAGENA, 1984, Conclusão terceira).

apesar de ser um movimento de uma pessoa com nacionalidade dentro de seu próprio país resultou em preocupação por parte dos organismos internacionais em defesa de direitos humanos.

O que se avista na referida declaração, em sua conclusão décima é a aproximação do elemento econômico como motivador do êxodo de refugiados nas Américas, que, em certa condição, geram lesões graves aos direitos humanos destes migrantes e com isso deverá ser mais uma possibilidade de concessão de refúgio junto à nação receptora destas pessoas⁶³⁰.

De cunho inovador, a conclusão décima terceira recomenda atenção com a comunidade indígena refugiada, para que tenham os mesmos direitos preservados em igualdade de condições dos refugiados não indígenas⁶³¹.

Com a Convenção Democrática Interamericana de 2001, a proteção aos migrantes de uma forma geral fora confirmada pelo princípio da não discriminação, de igual maneira também com a obrigatoriedade de promoção e proteção da pluralidade social nas Américas, como os povos indígenas, à religião, raça e etnia⁶³².

No ano de 2004 lançou-se a Declaração e Plano de Ação do México para Fortalecer a Proteção Internacional dos Refugiados na América Latina, no qual traz em seu teor como forma de solucionar o problema do refúgio e ao mesmo tempo conceder a estes indivíduos o mínimo de dignidade humana, através de políticas públicas com o formato das cidades, fronteiras e reassentamentos solidários⁶³³.

⁶³⁰ Reafirmar que tanto os refugiados como as pessoas que migram por outras razões, incluindo razões econômicas, são titulares de direitos humanos que devem ser respeitados em qualquer momento, circunstância ou lugar. Esses direitos inalienáveis devem ser respeitados antes, durante e depois do seu êxodo ou do regresso aos seus lares, devendo ser-lhes proporcionado o necessário para garantir o seu bem-estar e dignidade humana. (DECLARAÇÃO [...] de 1994. Conclusão décima).

⁶³¹ Recomendar a participação plena das populações afectadas, em especial de grupos de mulheres e das comunidades indígenas, fomentando o desenvolvimento de mecanismos que possibilitem a acção solidária no planeamento e execução de programas orientados para a solução de problemas de refugiados, retornados e deslocados. (DECLARAÇÃO [...] de 1994. Conclusão décima terceira).

⁶³² Art. 9. A eliminação de toda forma de discriminação, especialmente a discriminação de gênero, étnica e racial, e das diversas formas de intolerância, bem como a promoção e proteção dos direitos humanos dos povos indígenas e dos migrantes, e o respeito à diversidade étnica, cultural e religiosa nas Américas contribuem para o fortalecimento da democracia e a participação do cidadão. (ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS, 2001).

⁶³³ DECLARAÇÃO E PLANO DE AÇÃO DO MÉXICO PARA FORTALECER A PROTEÇÃO INTERNACIONAL DOS REFUGIADOS NA AMÉRICA LATINA. 20 países latino-americanos reunidos na cidade do México em 2004. Disponível em: https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/portugues/BDL/Declaracao_e_Plano_de_Acao_do_Mexico.pdf?file=t3/fileadmin

Pelas cidades solidárias busca-se um maior guarda-chuva de proteção dos direitos humanos dos refugiados, através de uma estratégia que se comprometa com a interação de diversos organismos da sociedade civil, das Nações Unidas e ajuda financeira internacional, para o fortalecimento de políticas públicas conjuntas nos centros urbanos, que recebem estas pessoas e assim propiciar de forma efetiva a concessão dos direitos inerentes a sua condição⁶³⁴.

Pelo princípio da responsabilidade compartilhada as zonas de fronteiras solidárias seriam capazes de analisar de pronto a motivação do fluxo migratório e seus motivos, que levam indivíduos a pedir refúgio em outro Estado, e somente se torna possível o estabelecimento de mecanismos vindos também da sociedade civil, da nação receptora, da ONU e seus órgãos como o ACNUR, que unidos reforçam e consubstanciam a dignidade humana dos refugiados⁶³⁵.

Com o princípio da solidariedade compartilhada, se tornaria possível a criação de reassentamentos solidários em toda a América Latina, com núcleos duradouros, que inseririam o refugiado no novo país de forma mais tranquila, integrada e humana, seja no primeiro local da nação que o acolheu ou em outro, através do processo de interiorização, e assim se daria um novo começo de vida para essas pessoas tão castigadas pelo ódio, pela perseguição, pelo total desrespeito em seus direitos humano, no seu país de origem⁶³⁶.

Transversalmente na defesa dos direitos dos refugiados a Convenção Interamericana contra o Racismo, a Discriminação Racial e Formas Correlatas de Intolerância no ano de 2013 definiu que o ato discriminatório também se baseia pelo fato da pessoa ser migrante refugiado, o que potencializa aos Estados membros em realizar políticas públicas na defesa deste direito humano⁶³⁷.

/Documentos/portugues/BDL/Declaracao_e_Plano_de_Acao_do_Mexico>. Acesso em 22 dez. 2021.

⁶³⁴ DECLARAÇÃO E PLANO DE AÇÃO DO MÉXICO PARA FORTALECER A PROTEÇÃO INTERNACIONAL DOS REFUGIADOS NA AMÉRICA LATINA. 20 países latino-americanos reunidos na cidade do México em 2004. Disponível em: https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/portugues/BDL/Declaracao_e_Plano_de_Acao_do_Mexico.pdf?file=t3/fileadmin/Documentos/portugues/BDL/Declaracao_e_Plano_de_Acao_do_Mexico>. Acesso em 22 dez. 2021.

⁶³⁵ Ibid.

⁶³⁶ Ibid.

⁶³⁷ Artigo 1. Para os efeitos desta Convenção: A discriminação pode basear-se em nacionalidade, idade, sexo, orientação sexual, identidade e expressão de gênero, idioma, religião, identidade

No Brasil o direito migratório do refúgio está assentado na Lei nº 9474/97, a qual apresenta critérios para o reconhecimento da pessoa refugiada, bem como recepciona os termos da norma internacional do Estatuto dos Refugiados de 1951 e seu protocolo de 1967⁶³⁸.

O procedimento de reconhecimento da condição de refugiado será analisado pelo Comitê Nacional dos Refugiados (CONARE), um órgão de caráter administrativo, que além de conceder este direito, pode retirá-lo dentro dos termos específicos na legislação mencionada⁶³⁹.

A legislação brasileira sobre refúgio, na perspectiva de estruturação, se encontra de maneira satisfatória, pois dentro de uma só norma, se define quem é refugiado, o procedimento de admissibilidade em território brasileiro, as competências e regras do processo de concessão do refúgio junto ao CONARE, ao mesmo tempo apresenta as possibilidades de expulsão, extradição e da cessação desta condição específica, ou seja, em raríssimas vezes no Brasil uma lei foi tão bem elaborada sem deixar lacunas ou brechas, que impossibilitem a sua plena aplicação de maneira eficaz⁶⁴⁰.

A importância de buscar efetivar o diploma internacional é tamanha nesta legislação nacional, que foram implementados critérios oriundos da Convenção de 1951, como os elementos caracterizadores do refúgio e a extensão do benefício para a família ou grupo familiar do refugiado, além é claro dos requisitos para a perda deste direito⁶⁴¹.

cultural, opinião política ou de outra natureza, origem social, posição socioeconômica, nível educacional, condição de migrante, refugiado, repatriado, apátrida ou deslocado interno, deficiência, característica genética, estado de saúde física ou mental, inclusive infectocontagioso, e condição psíquica incapacitante, ou qualquer outra condição. (ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. 2013)

⁶³⁸ BRASIL. Lei nº 9.474 de 22 de junho de 1997. Define mecanismos para a implementação do Estatuto dos Refugiados de 1951, e determina outras providências. **Diário Oficial da União**. Seção 1 - 23/7/1997, Página 15822. Brasília, DF, 1997.

⁶³⁹ Ibid. Art. 12.

⁶⁴⁰ JUBILUT, Liliansa Lyra. **O direito internacional dos refugiados e sua aplicação no orçamento jurídico brasileiro**. São Paulo. Método, 2007. p. 23.

⁶⁴¹ Art. 1º Será reconhecido como refugiado todo indivíduo que: I - devido a fundados temores de perseguição por motivos de raça, religião, nacionalidade, grupo social ou opiniões políticas encontre-se fora de seu país de nacionalidade e não possa ou não queira acolher-se à proteção de tal país; II - não tendo nacionalidade e estando fora do país onde antes teve sua residência habitual, não possa ou não queira regressar a ele, em função das circunstâncias descritas no inciso anterior. (BRASIL, 1997).

A Lei nº 9.474/97 trouxe um grande salto protetivo em relação aos refugiados, que ampliou o critério de concessão, para que o refúgio seja garantido ao indivíduo que “[...] devido a grave e generalizada violação de direitos humanos, é obrigado a deixar seu país de nacionalidade para buscar refúgio em outro país [...]”, ou seja, além dos tradicionais motivos como raça, religião, nacionalidade, grupo social e opiniões políticas geram a migração, a ofensa aos direitos fundamentais de forma ampla dá direito a esta pessoa ser recebida com humanidade no Brasil, com o verdadeiro e mais puro espírito do direito internacional humanitário⁶⁴².

O estado brasileiro inova em relação a outras nações signatárias do Estatuto do Refugiado de 1951, ao criar uma única legislação para refugiado, enquanto em países, a exemplo dos Estados Unidos da América, esta matéria é abordada dentro de uma legislação única sobre asilo ou migração⁶⁴³.

Importante ponto, que à época da promulgação da lei ocorreu a suspensão do procedimento de deportação ou expulsão em face da migração irregular, até a análise e conclusão do pedido de refúgio, que era definido na Lei nº 6.815/80, mas que atualmente se encontra revogada pela atual legislação migratória brasileira que é a Lei nº 13.445/2007⁶⁴⁴, que finalmente descriminaliza o direito de migrar de forma ampla e geral⁶⁴⁵.

Por fim, em termos críticos à norma brasileira há de se ventilar a ausência de determinação legal para a proteção dos direitos econômicos, sociais e culturais dos migrantes refugiados, bem como a falta de concessão do acesso à Justiça como determina a norma internacional sobre refúgio, mas que foram contemplados em 2017 com a nova Lei de Imigração, que, pelo princípio da norma mais favorável, igualizou os direitos com os demais deslocados no Brasil.

⁶⁴² BRASIL. Lei nº 9.474 de 22 de junho de 1997. Define mecanismos para a implementação do Estatuto dos Refugiados de 1951, e determina outras providências. **Diário Oficial da União**. Seção 1 - 23/7/1997, Página 15822. Brasília, DF, 1997.

⁶⁴³ JUBILUT, Liliana Lyra. **O direito internacional dos refugiados e sua aplicação no orçamento jurídico brasileiro**. São Paulo. Método, 2007, p. 24.

⁶⁴⁴ Ressalta-se que continua crime instituído pela lei de imigração no Brasil ao adicionar no Código Penal o art. 232 – A o tipo penal para aqueles que promovem a imigração ilegal, e não mais para a pessoa que entra em território nacional sem a devida documentação (BRASIL, 2017)

⁶⁴⁵ BRASIL. Lei nº 9.474 de 22 de junho de 1997. Define mecanismos para a implementação do Estatuto dos Refugiados de 1951, e determina outras providências. **Diário Oficial da União**. Seção 1 - 23/7/1997, Página 15822. Brasília, DF, 1997.

3.2.3 O Direito de Migrar dos Refugiados e Asilados no Sistema Protetivo de Direitos Humanos Africano e dos Povos

Com o Sistema Africano de Proteção de Direitos Humanos e dos Povos, antes da Carta Africana dos Direitos Humanos e dos Povos de 1981, o tema sobre refugiados foi abordado com a Convenção da Organização de Unidade Africana 1969, que abordou os aspectos específicos dos problemas dos refugiados na África.

A referida Convenção, de pronto, realizou a tarefa de definir e delimitar as condições para a aplicação do refúgio no Continente Africano, no encalço de adequar as normas internas de cada país signatário de acordo com o Estatuto dos Refugiados de 1951 e seu Protocolo de 1967, sendo mantidos os elementos motivadores da perseguição, como raça, religião, opinião política, grupo social que levam ao deslocamento migratório na procura de proteção a sua vida⁶⁴⁶.

Uma peculiaridade deve ser apontada na Convenção em debate, que é a inclusão da possibilidade de concessão do refúgio em caso de dominação estrangeira em território de nação africana, ou em seu todo, demonstrando assim a condição da África na época, com o tardio processo de descolonização, e de igual monta os conflitos armado entres os países africanos devido a novos desenhos de fronteiras com suas independências dos colonizadores⁶⁴⁷.

A Carta Africana de Direitos Humanos e dos Povos, como no sistema interamericano, traz o direito ao refúgio de forma ampla ao utilizar a expressão asilo, consagrando o princípio da não devolução de forma coletiva do migrante, bem como

⁶⁴⁶ Artigo I Definição do termo Refugiado 1 - Para fins da presente Convenção, o termo refugiado aplica-se a qualquer pessoa que, receando com razão, ser perseguida em virtude da sua raça, religião, nacionalidade, filiação em certo grupo social ou das suas opiniões políticas, se encontra fora do país da sua nacionalidade e não possa, ou em virtude daquele receio, não queira requerer a proteção daquele país; ou que, se não tiver nacionalidade e estiver fora do país da sua anterior residência habitual após aqueles acontecimentos, não possa ou, em virtude desse receio, não queira lá voltar (CONVENÇÃO [...], 1969).

⁶⁴⁷ Art. 1 2 - O termo refugiado aplica-se também a qualquer pessoa que, devido a uma agressão, ocupação externa, dominação estrangeira ou a acontecimentos que perturbem gravemente a ordem pública numa parte ou na totalidade do seu país de origem ou do país de que tem nacionalidade, seja obrigada a deixar o lugar da residência habitual para procurar refúgio noutra lugar fora do seu país de origem ou de nacionalidade. (Ibid.).

o respeito a convenções internacionais⁶⁴⁸.

A Declaração de Adis Abeba sobre Refugiados e Deslocamentos Forçados da População em África, de 1994, avança ao definir o respeito do direito das populações e comunidades tradicionais de não serem retiradas de forma abusiva ou realocadas para outro território, bem como tem o direito de regresso para sua verdadeira e originária residência, mostrando a preocupação com a prevenção de fluxo migratório de refugiados no continente africano⁶⁴⁹.

Na mesma esteira de outros sistemas de proteção regionais, o africano apresenta a transversalidade na proteção dos direitos de refugiados, em especial as crianças refugiadas, conforme o que enuncia Carta Africana dos Direitos e Bem-Estar da Criança de 1990, a qual, em seu artigo 23, obriga os Estados signatários a proceder com a proteção dessas pessoas de acordo com as convenções internacionais, com a assistência humanitária devida, tudo para proteger seus direitos humanos em face de sua condição de migrante⁶⁵⁰.

Assim, o sistema africano está em constante evolução para a proteção dos refugiados, na procura da verdadeira defesa dos direitos humanos dos deslocados.

⁶⁴⁸ UNIÃO AFRICANA. CARTA AFRICANA SOBRE DIREITOS HUMANOS E DOS POVOS. **Carta de Banjul**. Art. 12. Aprovada pela Conferência Ministerial da Organização da Unidade Africana (OUA) em Banjul, Gâmbia, em janeiro de 1981, e adotada pela XVIII Assembleia dos Chefes de Estado e Governo da Organização da Unidade Africana (OUA) em Nairóbi, Quênia, em 27 de julho de 1981. Disponível em: https://au-int.translate.google/en/overview?_x_tr_sl=en&_x_tr_tl=pt&_x_tr_hl=pt-BR&_x_tr_pto=sc Acesso 10 set. 2022.

⁶⁴⁹ CONVENÇÃO DA ORGANIZAÇÃO DA UNIDADE AFRICANA DE 1969 Declaração de Adis Abeba sobre Refugiados e Deslocamentos Forçados da População em África de 1994. **Recomendação treze**. Disponível em: https://au-nt.translate.google/en/overview?_x_tr_sl=en&_x_tr_tl=pt&_x_tr_hl=pt-BR&_x_tr_pto=sc. Acesso em 10 set. 2022.

⁶⁵⁰ Artigo 23: Crianças Refugiadas 1. Estados Partes do presente Carta devem tomar todas as medidas adequadas para assegurar que a criança que seja considerada refugiado, de acordo com a lei internacional ou doméstica será, se desacompanhados ou acompanhados pelos pais, tutores legais ou parentes próximos, receber proteção e assistência humanitária, no gozo dos direitos enunciados na presente Carta e outros organismos internacionais de direitos humanos e humanitários instrumentos a que os Estados sejam partes. (COMISSÃO [...], 1990).

3.3 A APLICAÇÃO DA MARGEM NACIONAL DE APRECIÇÃO COMO INSTRUMENTO DE EFETIVAÇÃO DO DIREITO DE MIGRAR DOS APÁTRIDAS, REFUGIADOS E ASILADOS: ANÁLISE DE SUAS VIRTUDES E DEFEITOS E DE SEU USO RESTRITO OU AMPLIADO PELOS ESTADOS NACIONAIS

Em um mundo cada vez mais globalizado, no qual a distância é apenas uma medida matemática, e que foi superada há tempos com a interligação das pessoas por meios de transportes mais baratos e acessíveis, aliado a sistemas de comunicações mais rápidos, surgiu então a internacionalização das relações humanas de maneira dinâmica, contínua e fluída.

Na contextualização da internacionalização das relações humanas, fica claro e evidente que o contato entre sistemas jurídicos e os códigos culturais não são mais impermeáveis à influência externa, pois o mundo agora é um todo composto de partes isoladas dentro de um globo.

Nesse caminho as relações simples e lineares são substituídas por relações complexas e circulares como fruto da influência do direito internacional no direito interno, e, como consequência, apareceram dois fenômenos na seara do Direito Constitucional: a constitucionalização do direito internacional e a internacionalização do direito constitucional ou sua desnacionalização⁶⁵¹.

Esses movimentos circulares de abertura e fechamento colocam em cheque os limites e definições das fronteiras nacionais, da soberania estatal, bem como a autonomia do direito internacional, pois recebem influências cada vez maiores do direito interno e das ordens nacionais, o que demonstra o quão turvo encontra-se o liame de diferenciação do que é interno e externo ao direito nacional⁶⁵².

Nasceu nas constituições de cada país a importância, cada vez maior, da garantia dos direitos fundamentais, de maneira específica de cada país derivado de

⁶⁵¹ SALDANHA, Jânia Maria Lopes, Novas geometrias e novos sentidos: Internacionalização do Direito e internacionalização do diálogo dos sistemas de Justiça. *In*: STRECK, Lênio Luiz *et al.* (org.), **Anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito da UNISINOS**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 23.

⁶⁵² SLAUGHTER, Anne-Marie e BURKE-WHITE, William. The future of international law is domestic (or, The european way of law), **Harvard International Law Journal**, University of Pennsylvania Law School. Pennsylvania, Filadélfia, v vol. 47, number 2, pp. 327-350; 2020, p. 349-350.

sua cultura e tradição, quanto às decisões de sistemas internacionais de justiça, como a Corte Europeia de Direitos Humanos, Corte Interamericana de Direitos Humanos e o Tribunal Africano de Direitos Humanos e dos Povos.

Deve-se compreender que, dentre tais direitos fundamentais, encontram-se o efetivo e verdadeiro direito de migrar, primordialmente motivado pela apatridia, pelo refúgio e pelo asilo, os quais devem ser baseados no ideal de igualdade e de uma soberania estatal cada vez mais mitigada pela influência externa das cortes internacionais, pois, com isso, e através da MNA, torna-se possível a efetivação desse direito de forma plena e contínua.

Devido às relações globais entre diversos atores, surgiram a incerteza e instabilidade, pois as instituições nacionais e não nacionais, e as sociedades deveriam estabelecer um mínimo de ordem a essa multiplicidade de culturas e tradições, trazendo, em parte, um império da uniformidade, mas mantendo o plural, e sem renunciar a um direito comum⁶⁵³.

O direito comum seria um direito acessível a todos, não imposto de cima para baixo, pertencente ao ser humano e não a apenas intérpretes oficiais; e sim vindo de dentro para fora como forma compartilhada de maneira relativa e evolutiva, buscando uma perspectiva de harmonização sem impor a perda da identidade cultural e jurídica, e, por conseguinte, construindo-se um pluralismo jurídico ordenado ao invés de um direito unificado.

Deveria ser um direito efetivo, o qual, ao mesmo tempo, seja universalista e pluralista, com base no pensamento de multiplicidade. Nesse caminho, os juízes nacionais necessitariam quebrar os paradigmas do direito interno, colocando no lugar marco normativo no âmbito regional e internacional, bem como as jurisprudências dos tribunais estrangeiros, com o uso correto e adequado da MNA.

Como resultado, deve-se propor uma lógica de graduação dando suporte a um raciocínio que combine os princípios da hierarquia, identidade e conformidade com os da harmonia, proximidade e compatibilidade⁶⁵⁴.

A perseguição dessa harmonia remete, inexoravelmente, ao direito comparado e de como estudá-lo, para existir a adequação entre o micro e macro

⁶⁵³ DELMAS-MARTY, Mireille. **Les forces imaginantes dudroit (II)**. Le pluralismeordonné, Paris, Seuil, 2006, p. 7 e 8.

⁶⁵⁴ DELMAS-MARTY, Mireille. **Por um direito comum**, São Paulo, Martins Fontes, 2004. p. 34.

legislativo em relação ao direito estudado, pois assim se consegue moldar os institutos jurídicos de diversos países em um ponto em comum, para a busca da aceitação das diferenças culturais entre eles⁶⁵⁵.

Com efeito, o uso do método comparativo serve também para identificar as resistências, as divergências, e, assim, abrir caminho para uma harmonização na busca da convergência de um direito comum⁶⁵⁶.

No entanto, somente o método de comparação não é ferramenta hábil para criar um pluralismo jurídico ordenado, ou seja, com uma racionalidade jurídica capaz de combinar as divergências, mas apenas mostrando as diferenças, sem buscar a harmonia.

A compatibilidade passa pelo reconhecimento implícito ou explícito da MNA e a margem supranacional de controle, permitindo um jogo de soluções para harmonização dos direitos, entre eles o de migrar, rompendo com a tentativa de unificar as ordens jurídicas distintas, e, para isso, a MNA serve como mecanismo hábil.

Imprime-se evitar a tentação da busca utópica de unidade jurídica, pois se cria a ilusão da autonomia formando um binário contraditório, e, conseqüentemente, uma falsa realidade de aceitação do diferente⁶⁵⁷.

Como consequência da correta harmonia de direitos, nasce o pluralismo de forma ordenada, no qual se consagra na universalização de bens comuns, sem rejeitar a MNA, pois concretiza a possibilidade de manter ativa a cultura particular de cada comunidade e suas tradições.

O pluralismo ordenado, quando bem utilizado, serve como fuga do fetiche da universalização total dos direitos, como escape de solução da complexidade das relações pessoais, mas, ao mesmo tempo, não se apega a um relativismo extremo, que resulta na diminuição da proteção mínima dos direitos humanos.

A harmonia de direitos tem como preceito o equilíbrio, para tornar possível compreender a aceitação dos direitos dos migrantes em relação a sua admissão e

⁶⁵⁵ SACCO, Rodolfo. **Introdução ao direito comparado**. São Paulo: RT, 2001. p. 25.

⁶⁵⁶ DELMAS-MARTY, Mireille; IZORCHE, Marie-Laure. Marge nationale d'appréciation et internationalisation du droit. réflexions sur la validité formelle d'un droit commun pluraliste. **Revue internationale de droit comparé**. Paris, 52-4 pp. 753-780, 2000 Disponível em: https://www.persee.fr/doc/ridc_0035-3337_2000_num_52_4_18627. Acesso em: 27 jan. 2023.

⁶⁵⁷ BERMAN, Paul Schiff. Global legal pluralism, **Southern California Review**, vol. 80, Princeton Law and Public. Affairs Working Paper n. 08-001, 2007, p. 1156.

livre circulação nos Estados nacionais, ou seja, o plural deve ser visualizado como uma engrenagem de múltiplas formas, que constituem a humanidade.

Nesse caminho, com o uso da margem de apreciação poderá existir em diversos momentos, com alguns retrocessos e avanços na defesa de direitos fundamentais, que, por certo, às vezes - como se demonstrará a seguir - não será tão eficaz, precisando de uma análise mais aprofundada de seu instituto, especialmente o direito de migrar realizado pelos apátridas, refugiados e asilados na Europa, Américas e África, guiados pelas decisões de suas cortes regionais.

3.3.1 A Origem do Instituto Jurídico da Margem Nacional de Apreciação: Seus Conceitos e Princípios

Acredita-se, de maneira equivocada, que a MNA é um instrumento novo oriundo das cortes internacionais, no entanto, o seu surgimento ocorreu nas práticas do direito administrativo europeu, notadamente na França e na Alemanha como forma de respeito à autonomia entres os poderes de um Estado em ambiente democrático⁶⁵⁸.

As práticas administrativas datam da década de 1950, influenciada pela Teoria da Discricionariedade Administrativa, mas somente teve sua utilização em concreto em 1971 no Tribunal Administrativo Alemão, referente à existência ou não de um artigo com pornografia em uma revista direcionada à juventude, e foi decidido que a análise do tema era do administrador, em sua margem de apreciação⁶⁵⁹.

O instituto foi utilização em âmbito internacional pela primeira vez no caso *Lawless vs Irlanda* em 1961, junto à Corte Europeia de Direitos Humanos (COEDH), quando o Senhor Gerard Richard Lawls foi preso, em julho de 1957, sob a alegação de ser membro do Exército Republicano Irlandês (IRA), ficando detido por 24 horas pela polícia, e depois levado à penitenciária com fundamento na Lei de Segurança ,

⁶⁵⁸ SALDANHA, Jânia; BRUM, Marcio Morais. A margem nacional de apreciação e sua (in) aplicação pela Corte Interamericana de Direitos Humanos em matéria de anistia: uma figura hermenêutica a serviço do pluralismo ordenado. **Anu. Mex. Der. Inter** [online]. 2015, vol.15, pp. 195-238. ISSN 1870-4654. Disponível em: http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_abstract&pid=S1870-6542015000100006&lng=es&nrm=iso. Acesso em 05 jun. 2020.

⁶⁵⁹ SOUZA, Antônio Francisco de. Margem de apreciação e Estado de direito. **POLIS – Revista de Estudos Jurídico Políticos**, Lisboa, n. 2, p.728, jan./mar.1995. p.7. Disponível em: <http://revistas.lis.ulusiada.pt/index.php/polis/article/viewFile/1744/1850> . Acesso em: 23 out. 2022.

e somente foi posto em liberdade em dezembro do mesmo ano, depois de acionar a Comissão Europeia de Direitos Humanos⁶⁶⁰.

O caso foi levado à COEDH, que decidiu sobre as possibilidades de os Estados-membros de usufruírem de liberdade para mitigar as garantias individuais em circunstância excepcionais, como define a Convenção Europeia de Direitos Humanos:

ARTIGO 15° Derrogação em caso de estado de necessidade 1. Em caso de guerra ou de outro perigo público que ameace a vida da nação, qualquer Alta Parte Contratante pode tomar providências que derroguem as obrigações previstas na presente Convenção, na estrita medida em que o exigir a situação, e em que tais providências não estejam em contradição com as outras obrigações decorrentes do direito internacional⁶⁶¹.

Em outra demanda junto à COEDH, a margem nacional foi utilizada no Caso Linguístico Belga no ano de 1968, em que houve uma disputa sobre o sistema educacional da Bélgica, que repartia a nação em quatro regiões com línguas diferentes, ou seja, ao se dividir o Estado em setores com linguísticas distintas, não permitia que os pais matriculassem seus filhos no setor que se falasse francês igual a eles, pois residiam em um setor que se falava outro idioma, como o holandês⁶⁶².

A Corte Europeia de Direitos Humanos compreendeu que o Estado-membro possui discricionariedade para construir seu sistema de educação em consonância com seus recursos humanos e financeiros disponíveis, mas que pudessem atender as diversas necessidades das comunidades de seu país, mostrando assim a

⁶⁶⁰ CORTE EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS. **Caso Lawless vs. Irlanda**. Sentença de 01 de julho de 1961. [S. l.]: 1961 Disponível em: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-165129>. Acesso em: 24 ago. 2019.

⁶⁶¹ CONVENÇÃO EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS. **Convenção para a Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais**. Promulgada pelos Governos signatários, Membros do Conselho da Europa, Art. 15 .1. Roma, 4.11.1950. Disponível em: https://www.echr.coe.int/documents/convention_por.pdf . Acesso em 27 set. 2022.

⁶⁶² SALDANHA, Jânia; BRUM, Marcio Morais. A margem nacional de apreciação e sua (in) aplicação pela Corte Interamericana de Direitos Humanos em matéria de anistia: uma figura hermenêutica a serviço do pluralismo ordenado. **Anu. Mex. Der. Inter** [online], v.15, pp. 195-238, 2015. Disponível em: http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_abstract&pid=S1870-6542015000100006&lng=es&nrm=iso . Acesso em 05 jun. 2020.

importância do instituto para a compreensão do pluralismo cultural⁶⁶³.

Com efeito, apenas no caso **Handyside vs Reino Unido**, no ano de 1976, a doutrina firmou o entendimento da utilização da MNA, como sendo uma teoria aplicável em âmbito jurisdicional da COEDH⁶⁶⁴.

Tratava-se de uma situação, em que o Reino Unido violou o direito de liberdade de expressão, por ter confiscado e destruído livros e cópias, sob o fundamento de possuírem em seus teores elementos obscenos e inapropriados, tudo sob o manto da legislação nacional chamada de “Publicação de Atos Obscenos de 1959/1964⁶⁶⁵”.

O caso alega a ofensa ao art. 10.1 da Convenção Europeia de Direitos Humanos, que define:

Artigo 10 – Liberdade de expressão – 1. Qualquer pessoa tem direito à liberdade de expressão. Esse direito compreende a liberdade de opinião e a liberdade de receber ou de transmitir informações ou ideias sem que possa haver ingerência de quaisquer autoridades públicas e sem considerações de fronteiras. O presente artigo não impede que os Estados submetam as empresas de radiodifusão, de cinematografia ou de televisão a um regime de autorização prévia⁶⁶⁶.

O Tribunal Europeu de Direitos Humanos, ao analisar a demanda, trouxe à tona dizendo que a MNA é um mecanismo trazido na Convenção Europeia capaz de verificar de forma subsidiária se as legislações nacionais ultrapassaram ou não os limites para a garantia dos direitos humanos protegidos no Tratado Internacional, e se o Reino Unido rompeu, passou o limite de cada Estado- membro⁶⁶⁷.

⁶⁶³ SALDANHA, Jânia; SILVA, Maria Beatriz Oliveira da; MELLO, Rafaela da Cruz. Novas geometrias jurídicas e a construção de um direito comum pluralista: uma análise da aplicação da margem nacional de apreciação pelo tribunal europeu dos direitos do homem. **Revista Culturas Jurídicas**, v. 2, n. 3, p. 157-181, 2015. p. 164. Disponível em: <<http://www.culturasjuridicas.uff.br/index.php/rcj/issue/view/3/showToc>>. Acesso em: 23 ago. 2019.

⁶⁶⁴ SALDANHA; BRUM, op. cit., jan. 2015. p. 204.

⁶⁶⁵ Esta orientação jurídica identifica possíveis ofensas para os promotores considerarem ao lidar com “publicações obscenas”, antes de se concentrar na própria Lei de Publicações Obscenas de 1959. Fornece orientações sobre as disposições em geral e, em particular, como os promotores devem abordar a questão da “obscenidade”. (CROWN, 1959-1964).

⁶⁶⁶ CONVENÇÃO EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS. **Convenção para a Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais**. Promulgada pelos Governos signatários, Membros do Conselho da Europa, Art. 15 .1. Roma, 4.11.1950. Disponível em: https://www.echr.coe.int/documents/convention_por.pdf . Acesso em 27 set. 2022.

⁶⁶⁷ Artigo 10.2 - O exercício dessas liberdades, porquanto implica deveres e responsabilidades, pode ser submetido a certas formalidades, condições, restrições ou sanções, previstas pela lei, que constituam providências necessárias, numa sociedade democrática, para a segurança nacional, a integridade territorial ou a segurança pública, a defesa da ordem e a prevenção do crime, a

Foi necessária a compreensão das idiosincrasias dos países signatários da CEDH, uma vez que o fundamento da MNA se propõe pela adequação dessas peculiaridades com o Tratado Internacional, e também o caráter subsidiário do direito internacional dos direitos humanos, visto que as autoridades judiciais internas possuem maior expertise para análise de eventuais violações, cabendo à COEDH aplicar a correta harmonização entre a lei interna e a externa.

Ao se postular a definição do mecanismo acima citado, primeiramente precisa ser entendida como um privilégio, sob o foco da prerrogativa do Estado, para realizar a proteção dos direitos humanos individuais ou coletivos, e até de minorias hipervulneráveis com base nos fundamentos das convenções internacionais de proteção de direitos fundamentais, frente a lacunas existentes tanto em seu direito interno, quanto em um tratado internacional⁶⁶⁸.

Para que a margem nacional seja um instituto jurídico plausível e, acima de tudo, com bases sólidas em seu manejo deve ter sua autoridade baseada nos seguintes argumentos:

- a) que a proteção dos direitos humanos na seara internacional é subsidiária à proteção interna de cada Estado-membro de Convenção Internacional de Proteção de Direitos Fundamentais;
- b) cada país signatário tem maior contato com sua cultura, sociedade e fundamentos sociais, construindo uma maior expertise sobre sua forma e análise na proteção dos direitos humanos;
- c) devido à pluralidade de cada Estado-membro, não se consegue um parâmetro único em sede de definição, proteção e promoção dos direitos humanos⁶⁶⁹.

proteção da saúde ou da moral, a proteção da honra ou dos direitos de outrem, para impedir a divulgação de informações confidenciais, ou para garantir a autoridade e a imparcialidade do poder judicial (CONVENÇÃO, 1950).

⁶⁶⁸ SOUZA, Antônio Francisco de. Margem de apreciação e estado de direito. **POLIS – Revista de Estudos Jurídico-Políticos**, Lisboa, n. 2, p. 7-28, jan./mar. 1995. p. 10. Disponível em: <<http://revistas.lis.ulsiada.pt/index.php/polis/article/viewFile/1744/1850>>. Acesso em: 23 ago. 2017.

⁶⁶⁹ SEFERJAN, Tatiana Robles. Proteção internacional dos direitos humanos: a teoria da quarta instância e da margem de apreciação nacional. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, São Paulo, v. 23, n. 92, p. 389-416, jul./set. 2015.

O primeiro argumento para utilização da MNA funda-se claramente na existência de dois sistemas protetivos de direitos humanos no mundo, o interno e o externo, sendo este último fortalecido principalmente depois da criação da ONU, após a Segunda Guerra Mundial e a internacionalização dos direitos fundamentais⁶⁷⁰.

Como fruto produzido, o Estado-membro passa a aceitar o monitoramento internacional na proteção dos direitos humanos de forma suplementar pelas cortes internacionais, respeitado a competência originária de cada nação, mas que ao ratificar os tratados internacionais de proteção a direitos fundamentais autoriza esta subsidiariedade⁶⁷¹.

Indo mais além, com a confirmação dos tratados internacionais de proteção de direitos humanos, o Estado brasileiro, como signatário, poderia autorizar a sua internalização no ordenamento pátrio pela transcendência constitucional da regra protetiva, sem a necessidade de procedimentos legislativos internos, pois princípios como a dignidade humana e a fraternidade são os alicerces normativos de sua Constituição⁶⁷².

De igual maneira, mesmo que nas convenções internacionais não esteja prevista a utilização da margem de apreciação pelos países signatários, o princípio da subsidiariedade do direito internacional traz, de maneira lógica e jurídica, a possibilidade de uso desse instrumento⁶⁷³.

No que diz respeito ao segundo elemento argumentativo, a MNA defronta-se com um mundo composto por nações com suas peculiaridades, complexidades e,

⁶⁷⁰ NASPOLINI, Samyra Haydêe Dal Farra; SILVEIRA, Vladmir Oliveira da. O direito internacional dos direitos humanos e a margem nacional de apreciação: tendências da Corte Europeia. **Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito** – PPGDir./UFRGS, Porto Alegre, v. 11, n. 1, ago. 2016. p. 84. Disponível em: <http://seer.ufrgs.br/index.php/ppgdir/article/view/62292>. Acesso em: 23 ago. 2019.

⁶⁷¹ SCHÄFER, Gilberto; MACHADO, Carlos Eduardo Martins. A reparação do dano ao projeto de vida na Corte Interamericana de Direitos Humanos. **Revista de Direitos Fundamentais e Democracia**. Curitiba, v. 13, n. 13, p. 179-197, jan./jun. 2013. p. 181. Disponível em <http://revistaeletronicardfd.unibrazil.com.br/index.php/rdfd/article/view/340/315>. Acesso em: 24 out. 2019.

⁶⁷² PIOVESAN, Flávia. **Temas de direitos humanos**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 38.

⁶⁷³ ROCA, Javier García. La muy discrecional doctrina del margen de apreciación nacional según el Tribunal Europeo de Derechos Humanos: soberanía e integración. **Teoría y Realidad Constitucional**, Madrid, n. 20, p. 117-143. 2007. Disponível em: <http://revistas.uned.es/index.php/TRC/article/view/6778/6476>. Acesso em: 19 out. 2020.

acima de tudo, uma pluralidade, e este mecanismo deve exatamente construir um equilíbrio entre o universal dos direitos humanos e estas peculiaridades nacionais⁶⁷⁴.

Retorna-se, então, à subsidiariedade como fundamento, pois dá ao pluralismo uma abordagem dialética generalizada entre o universal das normas de direitos humanos e as reivindicações do plural de cada sociedade.

Como bem afirmou Carozza:

[...] principal vantagem da subsidiariedade como um princípio estrutural do direito internacional dos direitos humanos é que ela integra os níveis internacional, nacional e subnacional de ordem social com base em uma visão substantiva da dignidade humana e liberdade, sem deixar de incentivar e proteger o pluralismo entre eles⁶⁷⁵.

Como consequência a Corte Europeia de Direitos Humanos permitiu o uso da margem de apreciação sendo o resultado do contato direto dos Estados- membros com suas culturas, tradições, estando essas nações em situação privilegiada de aferição da proteção dos direitos fundamentais tanto nas normas internas, quanto na seara internacional, mas sempre na perseguição do fortalecimento da conciliação entre o pluralismo cultural e a lei⁶⁷⁶.

Dentro de um viés de reflexo sociológico e principiológico, no momento da criação da Convenção Europeia de Direitos Humanos, esta contempla na sua letra, especialmente no preâmbulo, a possibilidade indireta do uso da MNA por suas nações signatárias como se segue:

Afirmando que as Altas Partes Contratantes, em conformidade com o princípio da subsidiariedade, têm a responsabilidade primária de assegurar os direitos e as liberdades definidos nesta Convenção e nos seus Protocolos e, ao fazê-lo, gozam de uma margem de

⁶⁷⁴ DINIZ, Geilza Fátima Cavalcanti. Cultura e internacionalização dos direitos: da margem nacional de apreciação ao transcivilizacionismo. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, v. 49, n. 196, p. 133-147, out./dez. 2012. p. 140.

⁶⁷⁵ CAROZZA, Paolo G. Subsidiarity as a structural principle of international human rights law. **American Journal of International Law**, University of Notre Dame, Indiana (USA): Kresge Law Library, v. 97, 2003, p. 40.

⁶⁷⁶ SALDANHA, Jânia Maria Lopes; BRUM, Márcio Morais. A margem nacional de apreciação e sua (in)aplicação pela Corte Interamericana de Direitos Humanos em matéria de anistia: uma figura hermenêutica a serviço do pluralismo ordenado? **Anuario Mexicano de Derecho Internacional**, Universidad Nacional Autónoma de México-Instituto de Investigaciones Jurídicas: Cidade do México, jan. 2015. p. 207. Disponível em: <https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/derecho-internacional/article/view/489>. Acesso em: 16 out. 2019.

apreciação, sujeita à supervisão do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem estabelecido pela presente Convenção⁶⁷⁷.

Como resultado, recentemente, no ano de 2021, fora adicionado o respeito ao princípio da subsidiariedade na Convenção Europeia de Direitos Humanos, através do Protocolo 15, que normatiza o uso desse princípio quando do manejo da margem de apreciação, impondo grande avanço para sua consolidação como regra a ser aplicada na COEDH, delimitando, inclusive, a competência jurisdicional daquela Corte⁶⁷⁸.

Ao se tentar conciliar as peculiaridades locais com os direitos humanos protegidos pelas convenções internacionais não pode permitir ou justificar situações de violação desses direitos, pois cada Estado que assinou o Tratado Internacional de Proteção de Direitos Fundamentais agiu de boa-fé e, com isso, não pode invocar sua lei interna para desprezar dispositivos internacionais vinculativos na proteção da humanidade⁶⁷⁹.

As diferenças entre os povos devem ser compreendidas como mola de impulso para aceitação do diferente, como o migrante e seu direito de migrar, pois, somente assim, e inicialmente pela criação de uma narrativa comum, será possível a defesa dos seus direitos humanos mínimos universais, frente à discriminação existente do deslocado pelo mundo⁶⁸⁰.

Existe, então na Corte Europeia de Direitos Humanos, a tentativa de respeitar o pluralismo e fortalecer ordens jurídicas nacionais diferentes, através de uma soberania nacional controlada por uma primazia europeia relativa, pois celebram e consolidam o pluralismo ordenado.

⁶⁷⁷ CONVENÇÃO EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS. **Preâmbulo**. Disponível em: https://www.echr.coe.int/documents/convention_por.pdf. Acesso em 27 de setembro de 2022.

⁶⁷⁸ Art. 1.º Com este Protocolo, na esteira desta identificação dos problemas, resultam consagrados no preâmbulo da Convenção o princípio da subsidiariedade e a doutrina da margem de apreciação (sendo que a margem de apreciação interna em benefício das autoridades é sempre sujeita ao controle do Tribunal cabendo a este verificar se as decisões por elas adotadas no uso dessa margem de apreciação são compatíveis com a Convenção. (CONVENÇÃO EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS, 1950).

⁶⁷⁹ SILVA, Guilherme Amorim Campos da. A internacionalização dos direitos humanos na fundação de um novo direito constitucional material. *In*: PAGLIARINI, Alexandre Coutinho; DIMOULIS, Dimitri (Org.). **Direito constitucional internacional dos direitos humanos**. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 73-118.

⁶⁸⁰ RICOER, Paul. **O justo** (vol. 1). São Paulo: Martins Fontes, 2008. p. 48.

A margem em sua noção é a chave para um pluralismo jurídico ordenado, pois possui uma dinâmica centrífuga, ou seja, se de um lado há uma resistência dos Estados nacionais à integração, de outro lado é ela limitada por princípios comuns mínimos voltados em seu centro⁶⁸¹. Esse movimento é oscilante, pois tem horas que apresenta uma resistência ao direito comum pelo direito nacional, e outros momentos, nos quais permite um ajuste constante em compatibilizar o interno com o comum⁶⁸².

Para Delmas Marty e Izorche a origem da MNA ocorre de duas formas: a interna, no que tange à autolimitação dos poderes normativos constitucionais, e a externa, que acontece através da margem de internacionalização do Direito, pois se alinha com o reconhecimento da pluralidade de sistemas jurídicos⁶⁸³.

Para Vila, a deferência dada aos Estados pela Corte Europeia só existe, porque o sistema de proteção de direitos humanos na Europa é uma construção oriunda da divisão dos trabalhos entre os Estados nacionais e a Corte, e também pelo fato de os Estados-membros serem os protetores primários e a COEDH a guardiã secundária desses direitos, tudo isto envolto em campos sensíveis, como moralidade e religião, nos quais impera o dissenso entre as nações⁶⁸⁴. Dessa dinâmica advém o entendimento de que a margem deve ser considerada como uma técnica jurídica capaz, de dentro do fenômeno da internacionalização do direito, permitir o reconhecimento das diversidades entre os sistemas jurídicos.

No plano de internacionalização do direito de migrar, a MNA consegue internalizar essa proteção, mas a diversidade cultural que distingue cada sociedade com sua identidade única é o desafio para encontrar formas, vias e meios capazes de dar conta tanto da universalização jurídica vinda de fora, pela internacionalização, quanto o relativismo interno que se rebela quanto à globalização.

Com a discricionariedade, por outro lado, a margem de apreciação consolida-se como artefato jurídico cabível aos Estados nacionais de decidirem, de acordo

⁶⁸¹ DELMAS-MARTY, Mireille. **Les forces imaginantes du droit (II)**. Le pluralisme ordonné, Paris, Seuil, 2006, p.78.

⁶⁸² DELMAS-MARTY, Mireille; IZORCHE, Marie-Laure. Marge nationale d'appréciation et internationalisation du droit. Réflexions sur la validité formelle d'un droit commun pluraliste **Revue Internationale de Droit Comparé**, Paris, v. 52, n. 4, 2000, p. 754.

⁶⁸³ Ibid.

⁶⁸⁴ VILA, Marisa Iglesias, **Una doctrina del margen de apreciación estatal para el CEDH: En busca de un equilibrio entre democracia y derechos en la esfera internacional**, [S. l.], 2013, p. 6 - 7.

com sua jurisdição interna, e, ao mesmo tempo, realizar uma restrição das cortes internacionais em deferência às normas de cada país⁶⁸⁵.

Assim, pode-se definir a MNA como sendo

[...] um espaço de discricionariedade que os Estados têm para fixar o conteúdo e o alcance dos direitos humanos oriundos da convenção europeia, tendo por consideração as circunstâncias específicas jurídicas, sociais e culturais de cada estado membro⁶⁸⁶.

Noutra ponta, define-se também a MNA como sendo uma deferência dos tribunais internacionais de defesas de direitos humanos para os Estados nacionais, através de seus órgãos jurisdicionais, mas com o objetivo de cumprimento e respeito aos ordenamentos jurídicos oriundos desses instrumentos⁶⁸⁷.

A noção do instituto da margem nacional de apreciação, no entanto, encontra-se no interior dos sistemas jurídicos nacionais, sendo à margem de interpretação do juiz como receptor de uma norma jurídica. Não se fala aqui de discricionariedade ou muito menos arbitrariedade do juiz, e sim de decidir de acordo com a coerência e integralidade do direito derivado de uma unidade de interpretes⁶⁸⁸.

O alcance desse instituto é algo indeterminado devido a sua origem pretoriana, pois parte da base de se recorrer aos precedentes jurisprudenciais, para conseguir alguma eficácia. A sua existência é justificada pela ausência de consenso

⁶⁸⁵ SALDANHA, Jânia Maria Lopes; BRUM, Márcio Morais. A margem nacional de apreciação e sua (in)aplicação pela Corte Interamericana de Direitos Humanos em matéria de anistia: uma figura hermenêutica a serviço do pluralismo ordenado? **Anuario Mexicano de Derecho Internacional**, Universidad Nacional Autónoma de México-Instituto de Investigaciones Jurídicas: Cidade do México, jan. 2015. p. 207. Disponível em: <https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/derecho-internacional/article/view/489>. Acesso em: 16 out. 2019.

⁶⁸⁶ DELGADO, Francisco R. Barbosa. **El margen nacional de apreciación en el derecho internacional de los derechos humanos**: entre el estado de derecho y la sociedad democrática México: Universidad Nacional Autónoma de México. Instituto de Investigaciones jurídicas. Cidade do México, 2012. Disponível em: <http://bibliohistorico.juridicas.unam.mx/libros/7/3160/7.pdf>. Acesso em: 02 set 2022.

⁶⁸⁷ ITZCOVITCH, Giulio. One, none and one hundred thousand margins of appreciations: The Lautsi Case. **Human Rights Law Review**, Oxford Journals. Oxford, 2013. p. 843.

⁶⁸⁸ SALDANHA, Jânia Maria Lopes; BRUM, Márcio Morais. A margem nacional de apreciação e sua (in) aplicação pela Corte Interamericana de Direitos Humanos em matéria de anistia: uma figura hermenêutica a serviço do pluralismo ordenado? **Anuario Mexicano de Derecho Internacional**, Universidad Nacional Autónoma de México-Instituto de Investigaciones Jurídicas: Cidade do México, jan. 2015. p. 207. Disponível em: <https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/derecho-internacional/article/view/489>. Acesso em: 16 out. 2019.

entre os Estados que são signatários dos tratados, fazendo com que os tribunais regionais sejam impedidos de construir uma regra de interpretação unificada⁶⁸⁹.

Outro elemento legitimador da MNA é a democracia nos Estados-membros da CEDH, pois garante a verdadeira interpretação das normas internas e externas em consonância com a proteção dos direitos humanos.

Nesse trilhar, havendo uma análise pela COEDH somente sob o prisma do positivismo legalista, ou seja, uma compreensão apenas formal será construída insegurança jurídica, pois permite que aquele determinado país tenha maior liberdade do que deveria ter em sede de margem de apreciação sobre certo direito fundamental, sendo necessário, além disso, utilizar métodos de balanceamento e proporcionalidade de direitos, para ser possível incluir a peculiaridade daquela nação, junto com o mínimo universal defendido na Convenção⁶⁹⁰.

Essa forma democrática poderá ajudar a nação signatária a adequar seu direito interno, em face de uma decisão da Corte Europeia, na qual verificou a inexistência da correta proteção dos direitos fundamentais, ou apenas o caráter consultivo e não contencioso.

A aferição democrática do país que violou ou editou regra interna de forma divergente dos preceitos da CEDH deságua em diversas correntes interpretativas do direito nacional frente ao internacional, como a defendida por Waldron, que define o fato de a sociedade ser complexa, e por isso existem diversas desconformidades entre o conteúdo e o direito humano ferido, sendo o método democrático de participação o único capaz de fazer essa adequação, e não pelo tribunal⁶⁹¹.

O papel do Judiciário, no entanto, serve para funcionar como freio necessário aos poderes democráticos, pois traz à tona a representação das minorias na

⁶⁸⁹ ALFONSIN, Marcelo. La doctrina del margen de apreciación nacional. Su recepción en el Sistema Europeo de Derechos Humanos, en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos y en Argentina, en relación con los derechos económicos, sociales y culturales. **Lex: Revista de la Facultad de Derecho y Ciencia Política de la Universidad Alas Peruanas**, ISSN-e 2313-1861, ISSN 1991-1734, v. 15, n. 19, pp. 51-76, 2017, Disponível em: <https://www.researchgate.net/publication/317561981>. Acesso em: 17 out. 2020.

⁶⁹⁰ BINDER, Christina. Diversity and political rights in the jurisprudence of the European court of human rights. In: BOGDANDY, Armin Von (Org.); PIOVESAN, Flávia (Org.); ANTONIAZZI, Mariela Morales (Org.), **Estudos avançados de direitos humanos: Democracia e integração jurídica: emergência de um novo direito público**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013. p. 507-520.

⁶⁹¹ WALDRON, Jeremy. **Law and disagreement**. New York: Oxford University Press, 1999. p. 38.

participação de processos, já que evita a formação de uma maioria totalitária frente aos vulneráveis, como os migrantes frente a sua restrição no direito de migrar⁶⁹².

Assim, por conseguinte, este artefato jurídico deve ser entendido como uma ferramenta interpretativa, pois foi criada e instituída dentro da jurisprudência da COEDH, para definir o que cada Estado nacional pode decidir em nível local acerca dos direitos humanos, perseguindo de sua violação em um contexto mais amplo, por uma hermenêutica interpretativa mais abrangente possível.

Dentre outros objetivos procurados pela MNA, encontra-se o fato de ser uma metodologia a serviço dos tribunais internacionais para promover e difundir os direitos humanos básicos junto aos países signatários de convenções protetivas de direitos fundamentais e, além deles, como já acontece com a Organização Mundial do Comércio (OMC)

Noutro giro, infelizmente o capitalismo colocou a lente do cifrão à frente dos direitos humanos dos refugiados econômicos sem guarida no Estatuto de 1951 da ONU, pois são desguarnecidos de proteção contra os desmandos capitalistas de nações, que visa ao mercado de coisas e não às pessoas, não permitindo a construção política de seus direitos, ficando em aberto a necessidade de se deslocar, permitido apenas quando seus direitos forem gravemente ofendidos de forma ampla no seu Estado de origem, sem a compreensão da mundialização do todo⁶⁹³.

A margem de apreciação pode ser descrita como a noção de que cada sociedade e Estado têm o direito de exercer certa latitude para equilibrar os direitos individuais e os interesses nacionais, e com isso resolver os conflitos entre as convicções morais de cada Estado, que está por detrás de sua doutrina nacional jurídica frente ao internacional, e por outro lado as autoridades judiciárias nacionais estão em posição melhor do que os juízes internacionais, pois tem mais conhecimento das suas diversidades sociais, políticas, culturais e jurídicas⁶⁹⁴.

⁶⁹² LEGG, Andrew. **The margin of appreciation in international human rights law:** deference and proportionality. Oxford: Oxford Press, 2012. p. 23.

⁶⁹³ VIEIRA, Gustavo Oliveira; SALDANHA, Jânia Maria Lopes. O “sequestro” da democracia abordagem do direito e das relações internacionais. **Revista do Instituto de Hermeneutica Jurídica**, Belo Horizonte, v. 17, n. 25, jan/jun. 2019. Disponível em: <http://ojs.editoraforum.com.br/rihj/index.php/rihj/issue/view/8>. Acesso em 13 jan. 202

⁶⁹⁴ BAKIRCIOGLU, Onder. The application of the margin of appreciation doctrine in freedom of expression and public morality cases. **German Law Journal**, Cambridge, vol. 8, n. 7, 2007. p. 38.

Por fim, o uso da MNA para consolidar o direito de migrar dos apátridas, refugiados e asilados junto aos sistemas regionais protetivos de direitos humanos, pois sua análise através das respectivas cortes darão a maior compreensão possível de seus defeitos e virtudes, seja pela restrição ou ampliação do uso desse mecanismo jurídico na defesa desse direito fundamental: a dignidade humana do migrante.

3.3.3.1 A Análise do Uso da Margem Nacional de Apreciação para o Direito de Migrar dos Refugiados, Apátridas e Asilados no Sistema Europeu de Direitos Humanos

No momento da aplicação da MNA, apresentaram-se críticas necessárias para impor limitações cabíveis para que seu uso não mitigue fortemente os ditames de defesa de direitos humanos estabelecidos em diversas convenções regionais, especialmente na Europa, ou imponha um universalismo de direitos à força contra os Estados nacionais sem um diálogo produtivo de harmonização de interesses.

A MNA deve ser compreendida como forma de autorrestrição e de autocontrole jurisdicional internacional, para evitar o enfrentamento entre os poderes constituídos e legitimados na seara nacional, e os componentes de cada corte. Essa prática pode prejudicar e fragilizar o direito internacional dos direitos humanos, com seu uso indiscriminado e sem parâmetros claros e precisos.

Como resultado tem-se que o direito de migrar, como um direito de minorias, necessita ser perseguido pelos sistemas protetivos regionais de direitos humanos com o uso adequado e coerente desta margem de apreciação, caso contrário ter-se-ia a banalização e desnaturação destes direitos fundamentais em todo o mundo.

Para Poblete e Alvarado,⁶⁹⁵ a margem nacional tem fins e limites de jurisdição internacional ou supranacional em matéria de direitos humanos, no entanto, a liberdade dos Estados nacionais signatários de apreciar as circunstâncias materiais caberia sua aplicação em medidas excepcionais a exemplo de situações de emergência, bem delineada como definido no art. 15 da CEDH.

⁶⁹⁵ NÚÑEZ Poblete; Manuel e Acosta ALVARADO, Paola Andrea. **El margen de apreciación en el sistema interamericano de derechos humanos: proyecciones regionales e nationale.** México, UNAM, 2012. p. 22.

A MNA, de igual maneira, realiza também, a limitação de alguns direitos reconhecidos em tratados internacionais em relação a outros direitos que exigem respeito no campo interno dos Estados-membros com o auxílio na definição de seus conteúdos e, com isso, delimita aplicação no plano interno, criando e usando um modelo de cumprimento de uma resolução de órgão internacional na supervisão de cumprimento pelos países signatários⁶⁹⁶.

Com efeito, os Estados poderão estabelecer restrições a certos direitos, enquanto se encontram em conformidade aos seus *standards*⁶⁹⁷, em relação à necessidade da medida adotada e a idoneidade dos instrumentos utilizados para colocá-los em prática.

A própria margem nacional de apreciação é um elemento de juízo de proporcionalidade com um limite estrutural de sua aplicação, já que permite, em certos casos, a interferência do direito com a finalidade de restrição legítima, sendo uma medida de regulação necessária aos olhos das autoridades nacionais; de maneira adversa, resultaria em imposição de certas irracionalidades das cortes internacionais de proteção dos direitos humanos⁶⁹⁸.

A base de sustentação desse mecanismo está na possibilidade de os Estados-membros terem certa discricionariedade na aplicação e cumprimento das obrigações impostas pelos tratados internacionais de direitos humanos, fazendo uma ponderação com os interesses locais dos seus signatários.

O não uso da discricionariedade no momento de aplicação jurídica da margem de apreciação pode levar o país signatário a exacerbar sua permissão e produzir em excesso interpretações, primordialmente acerca dos citados acordos internacionais, sobre a interpretação do direito de migrar, podendo parecer legítima, mas que deve ser controlada através do princípio da proporcionalidade gerando uma harmonização entre o nacional e internacional.

⁶⁹⁶ Ibid., p. 22.

⁶⁹⁷ Do inglês: padrões.

⁶⁹⁸ ALFONSIN, Marcelo. La doctrina del margen de apreciación nacional. Su recepción en el Sistema Europeo de Derechos Humanos, en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos y en Argentina, en relación con los derechos económicos, sociales y culturales. **Lex: Revista de la Facultad de Derecho y Ciencia Política de la Universidad Alas Peruanas**, 1991-1734, v. 15, n. 19, pp. 51-76, 2017, Disponível em: <https://www.researchgate.net/publication/317561981>. Acesso em: 17 out. 2020.

Devido à banalização do uso da MNA, cada vez mais ficou importante saber as razões de sua aplicação, pois direitos fundamentais já consolidados estão sendo questionados pelo uso desse instituto jurídico em demasia, praticamente em todos os artigos da Convenção Europeia de Direitos Humanos.

A ambiguidade exposta acima foi gerada também pela falta de clareza sobre quais instituições podem utilizar a margem nacional e quais seriam seus limites. O aumento de seu uso também acontece devido à sua inconsistência, que liquidifica sua essência, e, com isso, ausenta a corte de discutir e se aprofundar em diferentes áreas de aplicação dos direitos humanos de forma protetiva.

A inutilidade no uso da MNA assenta-se quando a sua utilização não está relacionada às razões em que o caso foi decidido; ou é mencionada, mas não exerce nenhum papel específico, já que se tornou um hábito de invocar certa margem de apreciação, demonstrando, por fim, a inconsistência da decisão no manejo de um instituto tão importante⁶⁹⁹.

Fica claro e evidente, que o uso indiscriminado da margem nacional de apreciação pela COEDH, assemelha-se, e muito, ao fetiche da criação legislativa, ou seja, havendo desacordos entre a regra nacional e a norma protetiva internacional de direitos humanos, segue-se pelo caminho mais fácil frente aos desacordos, que é aplicar um instituto tão valioso de forma comum e não regrada.

A situação retro não pode ser aceita, pois fragiliza os direitos fundamentais, incluso o direito de migrar, já que fortalece o nacionalismo dogmático, enfraquece as minorias, como os migrantes e mitiga a manutenção democrática de cada Estado-membro, já que cria um maior consenso e diminui o dissenso nas discussões políticas e jurídicas.

Em outro aspecto, a MNA pode ser um bom recurso hermenêutico capaz de estabelecer o equilíbrio entre democracia e direitos na esfera internacional, já que não despreza a conjuntura interna de cada país e suas circunstâncias jurídicas, políticas e sociais, pois serve também como conciliação entre esses elementos, ampliando a argumentação para legitimar a CEDH frente à vontade do Estado

⁶⁹⁹ CORTE EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS. **Case of Egeland and Hanseid vs Norway**. Sentença de 16 de abril de 2009. [S. l.], 2009. Disponível em: <https://hudoc.echr.coe.int/app/conversion/pdf/?library=ECHR&id=001-92246&filename=001-92246.pdf&TID=qmkpkxtpeu>. Acesso em 10 out. 2021.

nacional de proteger suas idiossincrasias e, como consequência, reflete no fortalecimento do pluralismo democrático existente na Europa⁷⁰⁰.

O discurso de relativização da moralidade e da religião não se apresenta de forma consensual, pois se encontram ligadas nevrálgicamente com as forças sociais internas de cada país, e, com isso, os magistrados nacionais possuem elementos que as cortes não têm: o contato com a realidade política, jurídica e social de cada Estado-membro.

A manutenção da plenitude da autoridade jurídica do direito nacional ao se aplicar a margem nacional de apreciação, no entanto, traz um prejuízo hermenêutico imenso, pois a estrutura vital da COEDH seria incoerente, não atingindo seu principal objetivo, que é a proteção dos direitos humanos, especialmente o direito de migrar, ou seja, não haveria razão de existência dessa Corte.

Além disso, na produção jurídica jurisprudencial, por autoridade judicial nacional plena, impediria a CEDH de realizar uma definição de um marco legal mínimo, estável e constitucional de cada Estado signatário, como norte para a gestão de seus pluralismos religiosos internos, suas peculiaridades políticas e sociais⁷⁰¹.

Dentro da busca de limites à margem de apreciação, a Corte Europeia utiliza o critério da oportunidade e, com isso, um desejo de não chocar e sim de ser aceita, fugindo de sua missão que é a defesa dos direitos humanos⁷⁰².

A apatia da COEDH, e sua preocupação em diminuir os conflitos sobre determinado direito humano ferido ou não, abarcado ou não por uma legislação interna dos Estados-membros enfraquece-a, pois, esses direitos, principalmente o direito de migrar, não pode ser compreendido de forma estática e sim dinâmica, é da sua natureza essencial ser crítico e nunca com definições e aplicações limitadas.

A problemática do uso da margem nacional, de igual monta, reside nos extremos, pois uma margem larga levaria à fragmentação do espaço comum europeu retardando uma integração plena, inclusive no que se refere à proteção do

⁷⁰⁰ VILA, Marisa Iglesias. **Una doctrina del margen de apreciación estatal para el CEDH**: En busca de um equilíbrio entre democracia y derechos em la esfera internacional, [S. l.], 2013, 2013, p. 6.

⁷⁰¹ Ibid., p. 7.

⁷⁰² DELMAS-MARTY, Mireille; IZORCHE, Marie-Laure. Marge nationale d'appréciation et internationalisation du droit. réflexions sur la validité formelle d'un droit commun pluraliste. **Revue internationale de droit comparé**. Paris, 52-4 pp. 753-780, 2000, p. 67 Disponível em: https://www.persee.fr/doc/ridc_0035-3337_2000_num_52_4_18627. Acesso em: 27 jan. 2023.

direito de migrar, ou uma margem estreita que recairia na dogmática da universalização à força, através de uma integração europeia coercitiva dentro de uma concepção liberal e individualista destes direitos.

Faz-se necessário, portanto, a delimitação de limites da MNA, mas não de forma agressiva, para menos ou mais liberalidade de decisão pelos Estados nacionais, pois responde uma preocupação recorrente entre eles, que seria o risco da segurança nacional pela interferência de uma corte internacional.

Também dentro de um Estado nacional democrático, as majorias sempre vencem e, com isso, pode gerar lesão a direitos de minorias, como os migrantes, em geral, tendo a Corte o papel de regular esta defasagem.

Noutra ponta, a margem muito aberta coloca em risco a existência de um direito internacional dos direitos humanos, que tem como objetivo a correção de algumas deficiências democráticas nacionais, pois, se for muito larga impede a migração dos direitos humanos de minorias para o plano do além-nacional.

Como resposta à ampla largura da margem, seria a criação de *standards* universais de proteção e promoção de direitos humanos, ou seja, a MNA estaria comprometida para que cada sociedade tenha certa latitude na resolução de conflitos entre direitos individuais e interesses nacionais ou entre convicções morais distintas, como o direito de migrar⁷⁰³. Caso contrário, ter-se-ia um enfraquecimento da autoridade judicial e jurisprudencial da CEDH, pois, com os relativismos morais contrários, haveria o arrefecimento dos seus alicerces.

Outro problema de aplicação da margem nacional de forma ampla é a possibilidade de juízes nacionais definirem o que seria a necessidade democrática no momento de julgar, resultado do poder oriundo desse instrumento jurídico⁷⁰⁴.

Para além dessa necessidade, recai-se, de igual forma, na discussão sobre o poder discricionário do magistrado nacional ao julgar um caso difícil de adequação da lei interna com os direitos humanos internacionais definidos nas convenções, como também na limitação desse poder, pois o positivismo jurídico permite a

⁷⁰³ BENVENISTI, Eyal. Margin of appreciation, consensus, and universal standards. *International. New York University Journal International Law and Politics*. Nova York. v. 31 n. 4 p. 843-854, 1999.

⁷⁰⁴ DELMAS-MARTY, Mireille; IZORCHE, Marie-Laure. Marge nationale d'appréciation et internationalisation du droit. réflexions sur la validité formelle d'un droit commun pluraliste. *Revue internationale de droit comparé*. Paris, 52-4 pp. 753-780, 2000, p. 768. Disponível em: https://www.persee.fr/doc/ridc_0035-3337_2000_num_52_4_18627. Acesso em: 27 jan. 2023.

discricionariedade sempre na busca da separação do direito e moral, mas que desaguará em decisões diferentes, sem conexão com a sociedade, permeada de subjetivismos e de parcialidade, chegando à insegurança jurídica⁷⁰⁵.

Com a COEDH e demais cortes em diversos sistemas regionais, o elemento democrático está presente desde a eleição dos chefes de governos dos Estados-membros, até os magistrados que compõem os colegiados judiciais internacionais de proteção de direitos humanos.

Havendo a limitação adequada no uso da margem nacional de apreciação se torna possível pelo magistrado interno harmonizar de forma proporcional a adoção pelo Estado de medidas de proteção de direitos humanos, dentro de sua perspectiva política, pois o viés democrático estaria trabalhando de forma indireta pelo direito internacional, fruto de uma sociedade representativa.

A cooperação jurídica entre os juízes nacionais e internacionais, dentro da perspectiva da legitimidade democrática na proteção dos direitos humanos em seus sistemas regionais, alinha-se na definição da não utilização da COEDH e outras cortes internacionais como uma nova instância apelativa e hierárquica, mas sim um espaço de integração do local com o não local, que faz evoluir o direito interno da cada país, e assim efetivar o direito de migrar.

Assim, MNA deve ser criticada menos pela adoção de muitos critérios para seu uso e mais pela falta de adoção de rigor em sua aplicação, o que levou infelizmente à desnaturação de sua essência na Europa pelo uso indiscriminado, sem rigor metodológico e jurídico levando ao esmorecimento na proteção dos direitos humanos no antigo continente.

No contexto das decisões da CEDH, no que tange ao direito de migrar motivado pelo refúgio, a apatridia e o asilo, verifica-se a possibilidade direta e pessoal do requerente de manejar o seu pedido, sem a interferência e auxílio de Estado-membro⁷⁰⁶, bastando apenas solicitar a manifestação e julgamento do Tribunal Europeu de Direitos Humanos sobre a ofensa ou não destes direitos⁷⁰⁷.

⁷⁰⁵ DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. Tradução: Jefferson Ruiz Camargo. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2014. p. 214.

⁷⁰⁶ Artigo 34º Petições individuais. O Tribunal pode receber petições de qualquer pessoa singular, organização não governamental ou grupo de particulares que se considere vítima de violação por qualquer Alta Parte Contratante dos direitos reconhecidos na Convenção ou nos seus protocolos.

Trata-se do caso de refúgio tendo como requerentes, o senhor J. K. (nascido em 1964), sua esposa (nascida em 1965) e seu filho (nascido em 2000), todos com nacionalidade iraquiana, que após a negativa na concessão do direito ao refúgio por parte do Reino da Suécia acionaram judicialmente essa nação à COEDH, para evitar a deportação ilegal desta família⁷⁰⁸.

O processo teve início em 25 de agosto de 2011, quando os demandantes pediram o reconhecimento ao direito migratório do refúgio à agência sueca, que realiza o devido procedimento de migrações em geral. O fundamento que se baseia o pedido dos autores foi o fato da perseguição política, já que o senhor J. K., nos anos de 1990, possuía empresas de transporte e construção no Iraque, as quais prestavam serviços ao Governo dos Estados Unidos, especificamente na capital Bagdá, no Campo Militar de Victória⁷⁰⁹.

Na alegação autoral fora informado que tanto a família de refugiados, quanto os funcionários da empresa do Sr. J. K. foram ameaçados pela *al-Qaeda*⁷¹⁰. Além disso, a situação piorou com ofensas graves de direitos humanos ocasionados por uma tentativa de homicídio em 2004 contra o Sr. J. K., pelo sequestro em 2005 de seu irmão, e disparos de arma de fogo contra o carro da família, que provocou a morte da filha mais nova, em 2005⁷¹¹.

Os três solicitantes foram interrogados em 26 de setembro de 2011, pela agência migratória da Suécia, quando em 22/11/2011 os pedidos foram rejeitados, pela lastimável alegação de que o Senhor J. K. não mais prestava serviço ao governo americano e seu exército, que o Iraque não passava mais pelo medo dos

As Altas Partes Contratantes comprometem - se a não criar qualquer entrave ao exercício efetivo desse direito.(CONVENÇÃO EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS, 1950).

⁷⁰⁷ GUERRA, Sidney. **Curso de direito internacional público**. 13. ed. São Paulo: Saraiva Educação. 2021. p. 625.

⁷⁰⁸ CORTE EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS. Grande Câmara. **Caso J. K.** e outros V. Suécia: (requerimento nº 59166/12). Requerentes: Sr. J.K. e sua esposa e filho. Juízes: Guido Raimondi, President, *et al.*, 23 de agosto de 2016. [S. I.], 2016. Disponível em: [https://hudoc.echr.coe.int/eng#{"itemid":\["001-165442"\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{). Acesso em: 2 dez. 2022.

⁷⁰⁹ Ibid.

⁷¹⁰ Grupo Terrorista Internacional, chefiado por Osama Bin Laden, responsável pelos ataques terroristas aos USA, em 11 de setembro de 2001.

⁷¹¹ CORTE EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS. Grande Câmara. **Caso J. K.** e outros V. Suécia: (requerimento nº 59166/12). Requerentes: Sr. J.K. e sua esposa e filho. Juízes: Guido Raimondi, President, *et al.*, 23 de agosto de 2016. [S. I.], 2016. Disponível em: [https://hudoc.echr.coe.int/eng#{"itemid":\["001-165442"\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{). Acesso em: 2 dez. 2022.

atentados da *al-Qaeda*, pois a polícia iraquiana havia tomado medidas de antiterrorismo, portanto, havia cessado a ameaça as vidas dos refugiados solicitantes, o que fundamenta a improcedência do pedido de refúgio⁷¹².

A agência alegou que informações atualizadas sobre o Iraque são comprovadas, pois a segunda e terceira solicitante, esposa e filha do Sr. J. K., estiveram no Iraque até setembro de 2011, todas estas informações foram adquiridas por meros contatos por telefone ente autoridades suecas e a polícia iraquiana e, assim, determinou a deportação de todos.

Os requerentes, preocupados com sua vida e integridade física com a possibilidade do retorno compulsório ao Iraque, recorreram à Corte de Migração da Suécia, contra a decisão de primeiro plano, adicionando nova prova e argumento com o testemunho por escrito do vizinho, declarando que homens armados no dia 10/09/2011, portanto, dez anos após o ataque de 11/09/2001, foram até a casa dos recorrentes no Iraque e com armas e capuzes perguntaram onde eles se encontravam, e depois atearam fogo em sua residência dois dias depois.

A Corte de Migração negou provimento ao recurso, em 23 de abril de 2012, ao manter a decisão de primeiro piso, sob os mesmos argumentos de inexistência de grave perseguição e ameaça à vida dos recorrentes, que pudesse conceder o direito migratório do refúgio pela ausência de comprovação deste fato, bem como a prestação de serviço aos americanos se deu há muito tempo no ano de 2008.

De maneira lastimável, ainda disse que se ocorresse algum incidente com os recorrentes no Iraque, a polícia daquele país resolveria de pronto e de forma eficaz os problema, além disso, de maneira processual, não entrou no mérito da nova prova do incêndio provocado na casa das vítimas em Bagdá, por não ser possível, em fase de recurso, reanalisar provas e fatos novos⁷¹³.

Diante do não provimento do recurso em seara administrativa para a concessão do refúgio, o medo profundo da perda de suas vidas com o retorno ao Iraque, fez com que os requerentes recorressem à Corte Europeia de Direitos Humanos, em 2012.

⁷¹² Ibid.

⁷¹³ CORTE EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS. Grande Câmara. **Caso J. K.** e outros V. Suécia: (requerimento nº 59166/12). Requerentes: Sr. J.K. e sua esposa e filho. Juízes: Guido Raimondi, President, et al., 23 de agosto de 2016. [S. I.], 2016. Disponível em: [https://hudoc.echr.coe.int/eng#{"itemid":\["001-165442"\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{). Acesso em: 2 dez. 2022.

Desta feita, o instrumento recursal tinha como objetivo suspender a deportação dos autores para o Iraque sob o argumento do ferimento do princípio da não devolução⁷¹⁴, bem como que ninguém pode ser submetido a torturas, tratamentos degradantes, pois a polícia iraquiana não seria capaz de evitar esses atos atentatórios praticados pela *al-Qaeda* para com a integridade física e a vida dos demandantes⁷¹⁵.

Em outra alegação usou-se o fato de o Sr. J. K. já ter sido perseguido anteriormente à entrada de sua esposa e filha na Suécia em 2011, o que comprova o sério indicio do receio do retorno ao Iraque, com isso o risco é real, plausível e concreto, e nos autos apenas uma mera conversa telefônica entre autoridades não é condição de real proteção dos recorrentes em solo iraquiano, como dispões o art., 4º da Diretiva 2004/83/CE⁷¹⁶.

Apesar de apresentar o ônus da prova é obrigação dos autores, ao mesmo tempo deve o Estado signatário, de forma clara, cooperar indicando o que falta de elemento para análise do pedido, o que não foi feito.

Por outro argumento, o Estado sueco alegou que o Sr. J. K. tinha uma filha casada, a qual vivia no Iraque, e que nem todas as regiões daquele país são inseguras, e as autoridades iraquianas garantiriam a proteção da família recorrente.

A decisão da Grande Câmara da Corte Europeia de Direitos Humanos, em 23 de agosto de 2016, foi no sentido de que os demandantes corriam grave risco de vida acaso retornassem ao Iraque, bem como apontou que o departamento de inteligência da ONU, dos Estados Unidos e do Reino Unido, através de um relatório complexo e robusto, que pessoas como os solicitantes correriam grave risco as suas

⁷¹⁴ Artigo 33 – Proibição de expulsão ou de rechaço. 1. Nenhum dos Estados Contratantes expulsará ou rechaçará, de maneira alguma, um refugiado para as fronteiras dos territórios em que a sua vida ou a sua liberdade seja ameaçada em virtude da sua raça, da sua religião, da sua nacionalidade, do grupo social a que pertence ou das suas opiniões políticas. (ONU, 1951).

⁷¹⁵ Artigo 3º Proibição da tortura Ninguém pode ser submetido a torturas, nem a penas ou tratamentos desumanos ou degradantes. (CONVENÇÃO EUROPEIA [...], 1950).

⁷¹⁶ Artigo 4º Apreciação dos factos e circunstâncias 1. Os Estados-Membros podem considerar que incumbe ao requerente apresentar o mais rapidamente possível todos os elementos necessários para justificar o pedido de proteção internacional. Incumbe ao Estado-Membro apreciar, em cooperação com o requerente, os elementos pertinentes do pedido (DIRETIVA 2004/81/CE 2004, loc. cit.).

vida ao retornar ao Iraque, devido à pouca confiabilidade da polícia iraquiana haja vista os altos índices de corrupção⁷¹⁷.

Quanto à alegação de cunho processual do Reino da Suécia, de que caberia a esse país cooperar com os autores, no sentido de indicar quais provas seria necessária para o convencimento e concessão da situação de refúgio, o que não foi feito, ferindo a norma que regulamenta a situação, como acima mencionado, bem como a deportação deveria ser cancelada, e quanto aos fundamentos somente a violação do art. 3º da CEDH⁷¹⁸.

Em toda análise do caso percebe-se que o tratamento jurídico dado aos solicitantes de refúgio não foi adequado em sede interna, quando do requerimento inicial, além de descumprirem o Estatuto dos Refugiados de 1951, não aplicaram as normativas do Sistema Europeu de Proteção de Direitos Humanos, e quiçá a Convenção Europeia de Direitos Humanos.

De pronto, deve-se ressaltar que tanto no Sistema Europeu, quanto no Africano, o refúgio é compreendido como asilo, somente em sede de América Latina existe a diferenciação em relação ao asilo político como demonstrado.

No Tribunal Europeu de Direitos Humanos tem-se o caso nº 26828/06, de grande relevância devido à sucessão de Estados como causa geradora de apatridia, que tem como requerentes: 1- Mustafa Kurić nascido em 1935, vive em Koper (Eslovénia), 2- Velimir Dabetić nasceu em 1969 e vive em Itália, sendo ambos apátridas, 3- Ana Mezga é cidadã croata nascida em 1965 e vive em Portorož (Eslovénia), 4- Ljubenka Ristanović é cidadã sérvia, nascido em 1968 e vive na Sérvia, 5- Tripun Ristanović, filho da quarta requerente, nasceu em 1988 e reside atualmente na Eslovénia, com cidadania da Bósnia e Herzegovina, 6- Ali Berisha nasceu em 1969, no Kosovo, com cidadania sérvia, mas reside na Alemanha, 7- Ilfan Sadik Ademi nascido em 1952, reside na Alemanha e é atualmente cidadão

⁷¹⁷ CORTE EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS. Grande Câmara. **Caso J. K.** e outros V. Suécia: (requerimento nº 59166/12). Requerentes: Sr. J.K. e sua esposa e filho. Juízes: Guido Raimondi, President, et al., 23 de agosto de 2016. [S. I.], 2016. Disponível em: [https://hudoc.echr.coe.int/eng#{\"itemid\":\[\"001-165442\"\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{\). Acesso em: 2 dez. 2022.

⁷¹⁸ Ibid.

macedônio. 8- Zoran Minić nascido em 1972, é cidadão sérvio segundo o Governo⁷¹⁹.

Visualiza-se que todos os autores pertenciam à antiga República Socialista Federal da Iugoslávia, a qual era um Estado federal constituído por seis repúblicas menores: Bósnia e Herzegovina, Croácia, Sérvia, Eslovênia, Montenegro e Macedónia integrante da antiga União das Repúblicas Socialistas Soviéticas (URSS). Nessa condição, seus cidadãos possuíam dupla nacionalidade para finalidade interna, prevalecendo a federal, ou seja, a iugoslava, até o ano de 1974⁷²⁰.

Dentre as mencionadas repúblicas, o modo de aquisição de nacionalidade se dava pelo *jus sanguinis*, com nacionalidade adquirida da criança oriunda de seus pais, caso fossem cidadão de repúblicas diversas, bem como se adquirisse outra por república diferente a anterior perdia validade.

No ano de 1947 até 1984, houve a criação de Registros de Cidadania de maneira separada, uma para cada república que compõe a Iugoslávia, já do ano de 1974 eram incluídos esses dados no Registro de Nascimento⁷²¹.

A livre circulação entre as seis repúblicas que integravam a Iugoslávia era permitida, e seus cidadãos poderiam registrar sua residência dentro de seus territórios onde quisessem.

Os demandantes, que eram residentes e nascidos no território da Iugoslávia, especialmente na República da Eslovênia, realizando o registro como cidadãos eslovenos ou não, que adquiriam este direito por ser cidadão de uma das seis repúblicas que integravam a antiga República Socialista Federal da Iugoslávia ficaram no país.

Com a dissolução, em 1991, da República Socialista Federal da Iugoslávia, a Eslovênia começou seu processo de independência, adotando de Declaração de Boas Intenções, na qual garantiu o direito de residência no território esloveno, bem como se assim o quisessem o direito à referida nacionalidade⁷²².

⁷¹⁹ CORTE EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS. Grande Câmara. **Caso Mustafa Kurić** e outros V. Eslovênia: (requerimento nº26828/06). Requerentes: Sr. Mustafa Kurić e outros. Juízes: Guido Raimondi, President, *et al.*, 11 de abril de 2012. [S. I.], 2012, Disponível em: <https://hudoc.echr.coe.int/spa?i=001-139044>. Acesso em 2 dez. 2022.

⁷²⁰ *Ibid.*

⁷²¹ *Ibid.*

⁷²² CORTE EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS. Grande Câmara. **Caso Mustafa Kurić** e outros V. Eslovênia: (requerimento nº 26828/06). Requerentes: Sr. Mustafa Kurić e outros. Juízes: Guido

Em 25 de junho de 1991, a Eslovênia declarou sua independência criando uma diversidade de legislação na tentativa de regulamentar o direito a nacionalidade eslovena como a Lei da Cidadania da República Eslovena, a Lei da Nacionalidade, a Lei dos Estrangeiros, a Lei do Controle de Fronteiras e por fim a Lei dos Passaportes dos Cidadãos Eslovenos⁷²³.

Apesar de uma situação relativamente confortável do país recém-independente, posto que apenas 10% dos seus dois milhões de habitantes, à época, incluindo os requerentes, eram residentes eslovenos, mas sem a devida cidadania, pois eram cidadãos de outra república da antiga Iugoslávia.

O art. 4º da Lei da Nacionalidade, que entrou em vigor em 25/06/1991, previa que para a aquisição da cidadania eslovena era necessário que cumprissem três requisitos: que tivessem adquirido o estatuto de residentes permanentes na Eslovênia em 23 de dezembro de 1990 (data do referendo), que residissem efetivamente na Eslovênia e que tivessem pedido a nacionalidade no prazo de seis meses após a entrada em vigor da Lei da Nacionalidade. Conforme indicado no parágrafo 24, este prazo expirou em 25 de dezembro de 1991⁷²⁴.

Após a data limite constante na Lei da Nacionalidade, foram previstas condições menos favoráveis para a aquisição da nacionalidade por naturalização, no artigo 10 da Lei da Nacionalidade, que também se aplicava aos cidadãos de outras repúblicas pertencentes à antiga Iugoslávia⁷²⁵.

Antes de 25 de junho de 1991, data em que a Eslovênia declarou a sua independência, os recorrentes eram cidadãos tanto da antiga República Federal da Iugoslávia, como de uma das repúblicas que a constituem. Como cidadãos da antiga Iugoslávia, eles adquiriram residência permanente na Eslovênia, status que mantiveram até 26 de fevereiro de 1992, quando seus nomes foram riscados do Registro de residentes, pelo advento do art. 40 da Lei de Nacionalidade.

Além disso tudo, depois da declaração de independência, o Ministério do Interior emitiu várias instruções internas inéditas às autoridades das administrações

Raimondi, President, *et al.*, 11 de abril de 2012. [S. I.], 2012. Disponível em: <https://hudoc.echr.coe.int/spa?i=001-139044>. Acesso em 2 dez. 2022.

⁷²³ Ibid.

⁷²⁴ Ibid.

⁷²⁵ Ibid.

municipais, sobre a implementação da legislação de independência e, particularmente, a Lei dos Estrangeiros.

Por Circular, datada de 26 de Junho de 1991, o Ministério ordenou às autoridades administrativas que, a partir daquela data, todos os cidadãos das outras repúblicas da ex-República Federal da Iugoslávia residentes na Eslovênia fossem considerados estrangeiros em todos os procedimentos administrativos e que, nos termos do artigo 13.º da Constituição, deveriam ser deportados a suas repúblicas de origem⁷²⁶.

Assim, os autores continuavam apátridas, seja pela dissolução da Iugoslávia, ou pelo imbróglio jurídico na Eslovênia, que, em certos momentos, dá o direito a residência, em outros o retira, mas nunca concede o direito à cidadania.

A Corte Europeia de Direitos Humanos fundamentou a motivação de sua decisão alegando que os requerentes tiveram o direito a sua nacionalidade negada na Eslovênia, chegando ao ponto de se tornarem apátridas em 1992, pois até o direito de residência permanente lhes fora tirado, e isso se reflete até hoje também como fruto de uma legislação interna cada vez mais restrita, que apenas cinco casos de apátridas foram naturalizados na Eslovênia depois de 2002, bem como o descumprimento do art. 8⁷²⁷ da CEDH⁷²⁸.

De igual sorte, no direito internacional consuetudinário existe uma obrigação positiva de prevenir a apatridia e melhorar a situação daqueles que ficaram sem nacionalidade, particularmente em casos de sucessão do Estado. Os apátridas eram marginalizados e especialmente vulneráveis.

⁷²⁶ CORTE EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS. Grande Câmara. **Caso Mustafa Kurić e outros V. Eslovênia:** (requerimento nº 26828/06). Requerentes: Sr. Mustafa Kurić e outros. Juízes: Guido Raimondi, President, *et al.*, 11 de abril de 2012. [S. I.], 2012. Disponível em: <https://hudoc.echr.coe.int/spa?i=001-139044>. Acesso em 2 dez. 2022.

⁷²⁷ Artigo 8º Direito ao respeito pela vida privada e familiar 1. Qualquer pessoa tem direito ao respeito da sua vida privada e familiar, do seu domicílio e da sua correspondência. 2. Não pode haver ingerência da autoridade pública no exercício deste direito senão quando esta ingerência estiver prevista na lei e constituir uma providência que, numa sociedade democrática, seja necessária para a segurança nacional, para a segurança pública, para o bem - estar económico do país, a defesa da ordem e a prevenção das infracções penais, a protecção da saúde ou da moral, ou a protecção dos direitos e das liberdades nacional, a riqueza, o nascimento ou qualquer outra situação. (CONVENÇÃO EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS, 1950).

⁷²⁷ CORTE EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS. **Caso de Souza Riberio contra França.** Decisão de 13 de dezembro de 2012. p. 5. [S. I.], 2012. Disponível em: <https://hudoc.echr.coe.int/fre?i=002-7330>. Acesso em 10 nov. 2022.

⁷²⁷ Id. Grande Câmara. **Caso Mustafa Kurić e outros**, op. cit., 1950.

⁷²⁸ Ibid.

A erradicação da apatridia deve basear-se na importância de a residência habitual ser normatizada nos regulamentos de nacionalidade; a noção de “vínculo genuíno e efetivo”; e na obrigação de o Estado facilitar a aquisição da nacionalidade aos apátridas que residam habitualmente no território e, sobretudo, aos menores como mais vulneráveis.

Por outro lado, a Convenção do Conselho da Europa sobre a Prevenção de Casos de Apatridia em Relação à Sucessão de Estados entrou em vigor em 1º de agosto de 2010 e, mesmo que a Eslovênia não a tenha ratificado, não a desobriga com sustentáculo no direito internacional consuetudinário que dá origem à prevenção da apatridia.

Com a sucessão de Estados com o fim da Iugoslávia, ocorreram sérios problemas de apatridia, seja pelo fato de o direito à nacionalidade eslovena só ser concedido àqueles nas listas de registros de cidadania da antiga República Federal da Iugoslávia, ou por não conseguirem comprovar esta situação, devido a extravios de documentos, apesar de que são bem-vindos os esforços do governo Requerido em regularizar a situação concedendo aos autores o direito de residência permanente, mas, ao mesmo tempo, restringe o direito de ser cidadão esloveno aplicando a discriminação por esta condição, assim violando artigo 14 da CEDH⁷²⁹.

Neste trilhar apurou-se que as decisões da Corte Europeia de Direitos Humanos, no uso da margem nacional de apreciação, no que concerne aos direitos migratórios de refugiados, asilados e apátridas não se apresentou de forma direta, e sim no caso a seguir de maneira transversal, ou seja, o direito de convivência com a família e de residência em simples migração sem motivação jurídica específica.

O referido caso é o de número 22689/07⁷³⁰, que tem como partes o Sr. Luan de Souza Ribeiro, um cidadão brasileiro, contra a República da França. Alega em sua petição que foi morar na Guiana Francesa, departamento ultramarino francês na América do Sul em idos de 1992, retornando em 1994 para o Brasil, e

⁷²⁹ Artigo 14- Proibição de discriminação. O gozo dos direitos e liberdades reconhecidos na presente Convenção deve ser assegurado sem quaisquer distinções, tais como as fundadas no sexo, raça, cor, língua, religião, opiniões políticas ou outras, a origem nacional ou social, a pertença a uma minoria nacional, a riqueza, o nascimento ou qualquer outra situação. (CONVENÇÃO EUROPEIA [...], 1950).

⁷³⁰ CORTE EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS. **Caso de Souza Riberio contra França**. Decisão de 13 de dezembro de 2012. p. 5. [S. I.], 2012. Disponível em: <https://hudoc.echr.coe.int/fre?i=002-7330>. Acesso em 10 nov. 2022.

posteriormente, em 1995, regressou àquele território, desta feita com visto de turista e passou a residir em Caiena, onde conheceu seus pais e mais duas irmãs e dois irmãos, um deles com nacionalidade francesa e os outros três, por terem nascido em terras francesas, poderiam solicitar a nacionalidade, já seus avós maternos permaneceram no Brasil.

O demandante frequentou a escola até 2004, tendo que abandoná-la aos 16 anos de idade, pois não possuía documentação para ingressar no ensino secundário. Infelizmente, em maio de 2005, o requerente foi preso por posse de narcótico, e o juiz de menores condenou o autor a dois meses de prisão, com a obrigação de realizar curso de capacitação profissional.

Em 25 de janeiro de 2007, a mãe do autor da demanda e ele foram parados em uma fiscalização de rotina para veículos, e, ao verificarem que o requerente não tinha documentos necessários para residir na Guiana Francesa, realizaram sua prisão, no mesmo dia às 10 horas da manhã, de maneira inaceitável, emitiram sua ordem de expulsão sumária⁷³¹.

O Sr. Luan, com seus responsáveis legais, procurou todos os meios legítimos cabíveis no direito interno, o que somente resultou em um novo visto de turista em 2009 por um ano, impedindo que o mesmo solicitasse o direito de residência devido à expulsão ocorrer antes de completar 18 anos de idade, conforme lei francesa.

O autor alegou que a República da França feriu gravemente os art. 8 e 13 da Convenção Europeia de Direitos Humanos, o primeiro pela violação a seu direito de domicílio na Guiana Francesa, com seus pais e irmãos, já que se encontrava lá desde 1995, e o segundo, por terem restringido o direito ao recurso efetivo, visto que, sumariamente e de maneira estranhamente rápida, foi indiciado, processado e julgado, com sua expulsão decretada em menos de um dia, como consta nos autos⁷³².

A demandada alegou que a Guiana Francesa possui um regime diferenciado em sede de direito migratório, devido ao grande número de migrações ilegais, e que

⁷³¹ Id. Grande Câmara. **Caso Mustafa Kurić** e outros V. Eslovênia: (requerimento nº26828/06). Requerentes: Sr. Mustafa Kurić e outros. Juízes: Guido Raimondi, President, et al., 11 de abril de 2012. [S. I.], 2012. Disponível em: <https://hudoc.echr.coe.int/spa?i=001-13904>. Acesso em 2 dez. 2022.

⁷³² CORTE EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS. **Caso de Souza Riberio contra França**. Decisão de 13 de dezembro de 2012. p. 9. [S. I.], 2012. (Traduzimos). Disponível em: <https://hudoc.echr.coe.int/fre?i=002-7330>. Acesso em 10 nov. 2022.

a França usa sua margem de apreciação sobre o art. 13 da CEDH, para adequá-la à realidade emergencial do aludido território, com suas características geográficas desfavoráveis a um maior controle de admissão de migrantes e visitantes, e, por isso, os recursos nessa área não têm efeito suspensivo, o que permite a expulsão mais célere de imigrantes ilegais⁷³³.

Sendo assim, verifica-se que o direito de migrar da vítima foi retaliado sem o devido processo legal, mesmo o Estado francês alegando que o território ultramarinho da Guiana tem legislação excepcionalizada de migração devido ao fato de não ser localizada na Europa.

A Corte Europeia de Direitos Humanos, em sua decisão de 2012, analisou ser inaceitável que o Estado Francês alegue certa margem de apreciação em relação ao direito a um devido processo legal e recursos efetivos contra uma exclusão arbitrária da Guiana Francesa, como se segue:

[...] no entanto, embora os Estados gozem de uma margem de discricionariez quanto à forma como cumprem as obrigações que lhes incumbem por força do artigo 13.º da Convenção, a discricionariez não deve resultar, como no caso em apreço, no facto de um requerente não ter acesso na prática a um procedimento mínimo com as garantias necessárias para se proteger contra a expulsão arbitrária. [...]⁷³⁴

Por fim, a COEDH condenou a França pelo descumprimento dos artigos 8 e 13⁷³⁵ da Convenção Europeia de Direitos Humanos, que influenciou diretamente o direito migratório do autor, pois lhe retirou do convívio familiar, lhe cerceou o pedido de residência definitivo, e depois de naturalização, com base na impossibilidade de uso indevido da margem nacional de apreciação.

Assim, o Sistema Europeu de Proteção dos Direitos Humanos encontra-se em estágio mais avançado com relação ao pluralismo jurídico na Europa, e o ordenamento na procura no mínimo universal da salvaguarda dos direitos

⁷³³ Ibid. p. 27.

⁷³⁴ “Sin embargo, mientras que los Estados gozan de un margen de discrecionalidad en cuanto a la forma en que se ajustan a sus obligaciones en virtud del artículo 13 del Convenio, la discreción no debe dar lugar, como en el presente caso, a que un demandante no pueda tener acceso en la práctica a un mínimo procedimiento con las garantías necesarias para protegerse contra una expulsión arbitraria”. (CORTE EUROPEIA [...]. (Traduzimos) 2012, p. 29).

⁷³⁵ Artigo 13- Direito a um recurso efetivo. Qualquer pessoa cujos direitos e liberdades reconhecidos na presente Convenção tiverem sido violados tem direito a recurso perante uma instância nacional, mesmo quando a violação tiver sido cometida por pessoas que atuem no exercício das suas funções oficiais. (CONVENÇÃO EUROPEIA [...], 1950).

fundamentais com a aplicação da MNA, mas em sede de direito migratório dos apátridas, refugiados e asilados não apresenta o devido manejo deste instrumento.

A aplicação da margem de apreciação de forma indireta e transversal, como no último caso apresentado, em relação ao direito de residência, convívio familiar e o direito ao recurso judicial efetivo demonstra a possibilidade e a enorme dimensão jurídica protetiva ao direito de migrar se o uso desse mecanismo fosse feito de maneira direta.

3.3.1.2 A análise do uso da margem nacional de apreciação para o direito de migrar dos refugiados, apátridas e asilados no Sistema Interamericano de Direitos Humanos

O Sistema Interamericano de Proteção aos Direitos Humanos não ficou parado com relação aos avanços da margem nacional de apreciação advindos do sistema europeu. Apesar de sua aplicação ser menos usual no regional das Américas, é possível mencionar alguns casos em que tanto a Comissão, quanto a Corte Interamericana vêm recorrendo à teoria da MNA.

O Sistema em discussão não recepciona expressamente a margem de apreciação, mas, de outra forma, foi mais preciso do que na Europa, pois define parâmetros e as possibilidades em que tal mecanismo jurídico hermenêutico seja adotado para adaptação do ordenamento legal dos Estados-membros às normas da Convenção Americana de Direitos Humanos (COAMDH), conforme se extraem das decisões a seguir demonstradas.

No que concerne à proteção aos direitos e liberdades individuais na Convenção Americana, da mesma forma que na Convenção Europeia de Direitos Humanos, independe de jurisdição interna ou externa, não havendo discriminação alguma em sua instrumentalização⁷³⁶.

⁷³⁶ Artigo 1. Obrigação de respeitar os direitos: Os Estados Partes nesta Convenção comprometem-se a respeitar os direitos e liberdades nela reconhecidos e a garantir seu livre e pleno exercício a toda pessoa que esteja sujeita à sua jurisdição, sem discriminação alguma por motivo de raça, cor, sexo, idioma, religião, opiniões políticas ou de qualquer outra natureza, origem nacional ou social, posição econômica, nascimento ou qualquer outra condição social. Para os efeitos desta Convenção, pessoa é todo ser humano. Artigo 2. Dever de adotar disposições de direito interno: Se o exercício dos direitos e liberdades mencionados no artigo 1 ainda não estiver garantido por disposições legislativas ou de outra natureza, os Estados Partes comprometem-se a adotar, de

O uso da MNA nas Américas, de igual forma, como inicialmente na Europa foi recepcionado indiretamente de maneira implícita, no entanto, seu manejo jurídico é diferente com base no receio e na precaução, distante da amplitude de seu uso no sistema europeu, no qual direitos fundantes já se encontram consolidados⁷³⁷.

Há de se destacar o procedimento de denúncias de violação de direitos humanos junto à Comissão Interamericana de Direitos Humanos (COINDH), pois, com isso se compreende a processualística que envolve os Estados-membros ou particulares, sejam quando violam os direitos humanos ou denunciam quando eles sofrem ferimentos.

A Comissão torna-se o filtro processual das denúncias, comunicações e petições sobre a violação dos direitos humanos, com isso não é permitido apresentar diretamente à Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte IDH) tais fatos, portanto, devem passar primeiro pela Comissão, a qual aceitará ou não a denúncia, diferente do sistema europeu em que a parte fará seu pedido diretamente a Corte Europeia de Direitos Humanos⁷³⁸.

Com isso a competência em razão da pessoa para ajuizar demandas contra lesões aos direitos humanos na Corte Interamericana restringe-se somente aos Estados partes e a Comissão Interamericana de Direitos Humanos, demonstrando um atraso em relação à Corte Europeia de Direitos Humanos, na qual o indivíduo se torna forte ao poder peticionar diretamente a ela, e com tal facilidade, cada vez mais procurar a defesa de sua dignidade humana, como “[...] a última esperança dos que não encontram justiça em nível nacional, sendo o direito de petição individual indubitavelmente a estrela mais luminosa no firmamento dos direitos humanos”⁷³⁹.

No que concerne à aplicação da margem nacional de apreciação em casos práticos nas Américas teve seu uso definido de forma restrita pela COINDH, para os

acordo com as suas normas constitucionais e com as disposições desta Convenção, as medidas legislativas ou de outra natureza que forem necessárias para tornar efetivos tais direitos e liberdades. (ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS, 1969).

⁷³⁷ LEDESMA, Héctor Faúndez. **El sistema interamericano de protección de los derechos humanos. Aspectos institucionales y procesales**. 3. ed. Instituto Interamericano de Derechos Humanos: San Jose. 2004. p. 57.

⁷³⁸ GUERRA, Sidney. **Curso de direito internacional público**. 13. ed. São Paulo: Saraiva Educação. 2021. p. 629.

⁷³⁹ CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Opinião Consultiva nº 17/2002**. Para dispor sobre a condição jurídica e os direitos humanos das crianças no âmbito do SIDH. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/opiniones.cfm>. Acesso em 14 set. 2022.

Estados-membros, com relação aos direitos das minorias, como no processo de Álvarez Giraldo ⁷⁴⁰, neste caso sobre a condição homossexual da demandante, que se encontrava presa no sistema penitenciário da Colômbia, e não tinha direito a visitas íntimas devido a ser lésbica, mostrando a intolerância latente ao seu direito humano, notadamente ao princípio da não discriminação ⁷⁴¹.

Sánchez Villalobos denunciou um caso de lesão à Convenção Americana, devido ao Estado da Costa Rica proibir a fertilização *in vitro* para pessoas não casadas, e com parentesco do doador dos óvulos e violação ao direito de constituir família ⁷⁴².

No caso Chaves Cambroner vs Costa Rica, o direito de liberdade de expressão fora caçado devido à censura de sua revista com teor pornográfico, sofrendo restrição de funcionamento de seu negócio pelo Estado requerido ⁷⁴³, pois se deve proteger o direito de certas minorias,

Do mesmo modo, no caso Efraín Ríos Montt contra Guatemala, a Corte IDH aplicou a possibilidade da margem reconhecendo a variabilidade de regras de elegibilidade para cargos de eleição popular, mas ressaltando que essa doutrina não

⁷⁴⁰ A demandante alega que sua integridade pessoal, honra e igualdades foram violadas pela decisão das autoridades penitenciárias de não autorizar o exercício de seu direito à visita íntima por causa de sua orientação sexual. O Estado argumenta que permitir que homossexuais recebam visitas íntimas afetaria o regime disciplinar interno dos estabelecimentos prisionais e que a cultura latino-americana tem pouca tolerância com as práticas homossexuais em geral (COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 1999).

⁷⁴¹ ALFONSIN, Marcelo. La doctrina del margen de apreciación nacional. Su recepción en el Sistema Europeo de Derechos Humanos, en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos y en Argentina, en relación con los derechos económicos, sociales y culturales. **Lex: Revista de la Facultad de Derecho y Ciencia Política de la Universidad Alas Peruanas**, ISSN-e 2313-1861, ISSN 1991-1734, v. 15, n. 19, pp. 51-76, 2017, Disponível em: <https://www.researchgate.net/publication/317561981>. Acesso em: 17 out. 2020.

⁷⁴² COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Relatório nº 25/04**. Petição 12.361 Admissibilidade Ana Victoria Sánchez Villalobos e outros vs COSTA RICA. 11 de março de 2004. [S.l.]. Disponível em: <https://www.cidh.oas.org/annualrep/2004sp/CostaRica.12361.htm>. Acesso em 12 fev. 2021.

⁷⁴³ Em 18 de dezembro de 2003, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos (doravante denominada “Comissão”, “Comissão Interamericana” ou “CIDH”) recebeu uma petição apresentada pelo senhor Jorge Luis Chaves Cambroner (doravante “peticionário” ou o “reclamante”) em que se alega a responsabilidade do Estado da Costa Rica (doravante “Estado” ou “Costa Rica”) pela suposta aplicação de mecanismos de censura prévia estabelecidos na Lei nº 7.440, *Lei Geral de Espectáculos Públicos, Audiovisuais e Impresos* (doravante “Lei nº 7.440”), para a publicação das revistas *Chavespectaculos* e *Sexxo Caliente*, nas quais o peticionário é diretor. (COMISSÃO INTERAMERICANA [...], 2005.)

deve ser aplicada de maneira irrestrita e excepcional, pois tem limites precisos no contexto temporal e espacial⁷⁴⁴.

Nessa respectiva é difícil de afirmar a primeira utilização pela Corte Interamericana da MNA, como foi ao contrário na Corte Europeia de Direitos Humanos.

No enalço de compreender os julgamentos da Corte Interamericana de Direitos Humanos, no que concerne o direito migratório do asilo, da apatridia e do refúgio, deve-se, preliminarmente, como antes comprovado, que o refúgio e asilo nas Américas apresentam-se de forma distinta, sendo o último como asilo político. Foi o que aconteceu no caso Pacheco Tineo contra o Estado Plurinacional da Bolívia registrado como caso nº 12.474 – série C nº 272⁷⁴⁵

Em síntese, o senhor Rinaldo Pacheco e sua esposa Fredesvina Tineo foram presos e processados, no início dos anos 1990 no Peru, durante o regime ditatorial de Alberto Fujimori, sob a alegação de prática de crime de terrorismo. Durante o processo os dois poderiam ser absolvidos no ano de 1995, mas, com receio de novas represálias, fugiram para a Bolívia, juntamente com suas duas filhas, conseguindo o reconhecimento da sua condição de refugiados / asilados políticos.

Ao passar dos anos, em 1998, o casal e as suas filhas foram para o Chile, e lá tiveram mais um filho, e de igual forma receberam a proteção jurídica de refugiados. No ano de 2001 retornaram todos ao Peru, pois havia cessado a ditadura de Fujimori e suas perseguições políticas, bem como queriam fixar em definitivo a residência na sua terra natal⁷⁴⁶.

⁷⁴⁴ ALFONSIN, Marcelo. La doctrina del margen de apreciación nacional. Su recepción en el Sistema Europeo de Derechos Humanos, en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos y en Argentina, en relación con los derechos económicos, sociales y culturales. **Lex: Revista de la Facultad de Derecho y Ciencia Política de la Universidad Alas Peruanas**, ISSN-e 2313-1861, ISSN 1991-1734, v. 15, n. 19, pp. 51-76, 2017, Disponível em: <https://www.researchgate.net/publication/317561981>. Acesso em: 17 out. 2020.

⁷⁴⁵ CORTE INTERAMERICANA DE DEREITOS HUMANOS. **Caso nº 12.474** – série C nº 272 Rinaldo Juan Pacheco Osco e outros vs Estado da Bolívia. 25 de novembro de 2013. [S. I.], 2013. Disponível em: <https://www.corteidh.or.cr/tablas/fichas/pachecotineo.pdf>. Acesso em: 2 ago. 2022.

⁷⁴⁶ CORTE INTERAMERICANA DE DEREITOS HUMANOS. **Caso nº 12.474** – série C nº 272 Rinaldo Juan Pacheco Osco e outros vs Estado da Bolívia. 25 de novembro de 2013. [S. I.], 2013. Disponível em: <https://www.corteidh.or.cr/tablas/fichas/pachecotineo.pdf>. Acesso em: 2 ago. 2022.

No Peru, foram informados por seu causídico que existia contra eles um mandado de prisão devido à reforma da decisão que em 1995 os havia absolvido. Com receio de serem presos injustamente, os requerentes então cruzaram de volta a fronteira com a Bolívia, por terra, ao invés do Chile, já que a alfândega chilena poderia prendê-los.

Dias após entrarem na Bolívia e à procura de proteção, os requerentes se apresentaram ao Serviço Nacional de Migração, na cidade de La Paz, informaram sua condição de refugiados, reconhecida pelo Chile, requereram auxílio para o retorno a Santiago, no entanto, tal pedido foi negado sendo considerados infratores da normas migratórias, servindo como alegação para a prisão da Senhora Fredesvina Tineo⁷⁴⁷.

Desesperados com a prisão da matriarca da família, conseguiram *habeas corpus* em 23 de fevereiro de 2001, mas ao mesmo tempo a Promotoria de Justiça boliviana ordenou ao diretor do Serviço de Migração, que expulsasse toda a família da Bolívia, sob o fundamento da transgressão da legislação migratória local.

Ainda para piorar a situação, do grupo familiar, apenas os pais foram expulsos e entregues as autoridades no Peru, onde havia contra eles mandado de prisão de forma injusta, trazendo desespero, dor e angústia à família rompida com o afastamento dos filhos. Somente em agosto de 2001, portanto, seis meses depois, o senhor Rumaldo Pacheco e sua esposa Fredesvina Tineo puderam regressar ao Chile e encontrar os seus entes amados.

Em 25 de abril de 2002 o caso foi apresentado a Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH) para a devida admissibilidade, e apenas em fevereiro de 2012, portanto, quase dez anos depois, a CIDH começou a processar o feito.

Na fase de admissão a Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte IDH) requereu junto à CIDH para ser declarada a responsabilização do Estado da Bolívia, que não respeitou o devido processo legal, o direito de requerimento de refúgio pelos autores, e fundamentalmente a violação inaceitável do princípio da não devolução, eixo máximo protetivo dos asilados políticos e refugiados, com supêndio nos art. 8º, 22.7, 3, 22.8 da Convenção Americana de Direitos Humanos.

⁷⁴⁷ Ibid.

No mais, a COAMDH em seu art. 1º⁷⁴⁸ já resguarda o fundamento inicial do direito dos autores, ao estabelecer a igualdade humana para todos, independentemente da situação em que se encontre.

Os fundamentos jurídicos apresentados pela Comissão em favor dos autores se alicerçam no fato da expulsão sumária ser baseada apenas na requisição do Promotor de Justiça boliviano ao serviço migratório, sem o direito dos requerentes de serem ouvidos por uma magistrado, ferindo o princípio do devido processo legal, pois: “Toda pessoa tem direito a ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela [...]”⁷⁴⁹, e por consequência legal de maneira lógica a ofensa do princípio da não devolução dos refugiados e asilados políticos⁷⁵⁰ e o direito de asilo político / refúgio dos autores⁷⁵¹.

De maneira indireta ao direito migratório de refúgio / asilo político dos requerentes, outros direitos como à integridade física, mental, moral, de proteção a família, especialmente aos mais vulneráveis como os filhos do casal, que se viram separados injustamente de seus genitores, uma afronta aos art. 25, 5,1, 19 da Convenção Americana de Direitos Humanos.

O Estado da Bolívia defendeu-se alegando a inexistência de ofensa ao acesso pleno à Justiça, ao devido processo legal, pois houve até impetração de um *habeas corpus*, pelos autores, e estes deram razões suficientes para expulsão com a condenação por terrorismo, que exclui o direito ao refúgio conforme o Estatuto do Refugiado de 1951, bem como perderam a condição de refugiados dada pelo Chile

⁷⁴⁸ ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS (OEA). Comissão Interamericana de Direitos Humanos. **Convenção Americana sobre Direitos Humanos**. Art. 1. Assinada na Conferência Especializada Interamericana sobre Direitos Humanos, San José, Costa Rica, em 22 de novembro de 1969. Disponível em: http://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_america.htm. Acesso em: 12 ago. 2020.

⁷⁴⁹ Ibid., art. 18.1.

⁷⁵⁰ Artigo 22. Direito de circulação e de residência. 8. Em nenhum caso o estrangeiro pode ser expulso ou entregue a outro país, seja ou não de origem, onde seu direito à vida ou à liberdade pessoal esteja em risco de violação por causa da sua raça, nacionalidade, religião, condição social ou de suas opiniões políticas. (ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS, 1969).

⁷⁵¹ Artigo 22. Direito de circulação e de residência. 7. Toda pessoa tem o direito de buscar e receber asilo em território estrangeiro, em caso de perseguição por delitos políticos ou comuns conexos com delitos políticos e de acordo com a legislação de cada Estado e com os convênios internacionais. (ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS, 1969).

ao saírem voluntariamente, ao retornar ao Peru, não ferindo o princípio da não devolução no mesmo diploma legal⁷⁵².

A decisão da Corte Interamericana de Direitos Humanos foi no sentido de primeiramente reconhecer a condição de refugiados dada pelo Chile, e esta se estende a todo e qualquer país, inclusive a Bolívia, que não concedeu o devido processo legal e feriu o princípio da não devolução, causando aos autores ainda o direito à devida reparação por danos morais e materiais no valor de 35 mil dólares, e ainda determinou ao Estado boliviano a publicar esta sentença em jornais de grande circulação⁷⁵³.

Esse caso apresentado tem uma peculiaridade, pois, ao mesmo tempo, traz a análise jurídica do direito migratório do refugiado, como também do refugiado, pois se tem a questão política de perseguição por opinião, além de normas comuns ao refúgio pelo Estatuto do Refugiado de 1951.

Com relação às decisões da Corte sobre o direito migratório dos apátridas, apresenta-se um caso emblemático sobre o meio de aquisição de nacionalidade na República Dominicana.

Apresenta-se o caso das crianças Yean e Bosico que são filhos de pais haitianos e mães dominicanas, que moram irregularmente na República Dominicana. No ano de 1985 a Senhora Tiramén Bosico, nascida na República Dominicana deu à luz sua filha Violeta Bosico, além de já ter mais cinco filhos Teresa, Daisy, Heriberto, Rudelania e Esteban, todos nascidos em solo dominicano⁷⁵⁴.

A genitora argumentou a dificuldade de registrar os filhos, exceto Heriberto e Rudelania, pois o pai deles era da República Dominicana e possuía documentos e a acompanhou para registrá-los.

A filha Violeta, em verdade, nasceu na Maternidade del Seguro de Sabana Grande de Boyá, mas a Sra. Tiramén Bosico informou ao prefeito local que ela

⁷⁵² CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. **Caso nº 12.474** – série C nº 272 Rinaldo Juan Pacheco Osco e outros vs Estado da Bolívia. 25 de novembro de 2013. [S. I.], 2013. Disponível em: <https://www.corteidh.or.cr/tablas/fichas/pachecotineo.pdf>. Acesso em: 2 ago. 2022.

⁷⁵³ Ibid.

⁷⁵⁴ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. **Denúncia nº 12189/98**. Caso das crianças Yean e Bosico vs. República Dominicana. Decisão de 8 de setembro de 2005. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_1_30_por.pdf. Acesso em: 2 ago. 2022.

nascera em sua residência, e somente fez isso devido à falta de condições financeiras de ir buscar o documento na maternidade.

Ao conseguir o referido documento, mesmo assim não concretizou o registro de nascimento da menina Violeta, pois os oficiais da República Dominicana exigiram outros documentos, o que impossibilitou o devido registro da menor, além de que os filhos Daisy e Esteban também se encontravam sem certidão de nascimento⁷⁵⁵.

A menor Violeta somente conseguiu estudar até a terceira série, pois não obteve êxito na matrícula para a quarta série, uma vez que solicitaram a certidão de nascimento que ela não tinha.

Em outra situação igual à da Violeta foi o da criança Dilcia Yean, que tinha oito anos, sendo filha de Leônidas Yean, também nascida na República Dominicana, tendo obtido sucesso apenas em relação a sua filha Magdalena, que morava com um tio na capital Santo Domingo.

Para tentar resolver a situação de apatridia, o advogado do Movimento de Mulheres Domínico-Haitiana levou mais de 20 crianças com seus pais para o registro de nascimento no Cartório Civil de Sabana Grande de Boyá, dentre elas as duas reclamantes Yean e Bosico.

Para surpresa de todos os presentes, o representante do Governo dominicano no cartório negou os registros de Yean e Bosico, sob a alegação de serem filhos de imigrantes haitianos indocumentados, ou seja, estavam no país de forma ilegal, pois seus pais são haitianos, as crianças também são haitianas e não dominicanas, gerando a apatridia.

Pior ainda o oficial de cartório informou que eram ordenamentos superiores por escrito, sem mostrar o documento, e, ainda de maneira discriminatória, comentou com estranheza sobre os sobrenomes das crianças serem de origem africana e haitiana, que encaminhou ao Departamento de Migrações, o inspetor confirmou a informação dada pela subalterna, para negar o registro civil dos menores⁷⁵⁶.

⁷⁵⁵ CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Denúncia nº 12189/98**. Caso das crianças Yean e Bosico vs. República Dominicana. Decisão de 8 de setembro de 2005. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_130_por.pdf Acesso em: 2 ago. 2022.

⁷⁵⁶ Ibid.

Os pais das menores, indignados, foram até a Direção Geral de Migração na capital dominicana, e, com isso, constataram que o Departamento de Migração poderia realizar a emissão da certidão de nascimento dos requerentes, mas não fizeram, e, de pronto, os pais procuraram o Ministério Público por diversas vezes, o qual negou o direito dizendo que os requisitos não foram cumpridos, deixando as crianças em situação de apatridia⁷⁵⁷.

Pela inexistência de recurso judicial cabível à situação, na República Dominicana, em 11 de Julho de 2013 as requerentes, representadas por seus pais e com advogados, peticionaram junto à Comissão Interamericana de Direitos Humanos, pois, apesar de as menores terem nascidos em solo dominicano, e na Constituição do país concede a nacionalidade por *jus sollis*, as crianças continuam como apátridas perante a lei nacional e internacional, aumentando e muito suas vulnerabilidades, sendo lhes negadas o direito a educação⁷⁵⁸.

A Comissão, então, postulou junto à Corte o direito à nacionalidade das autoras, reparação por danos morais, que a República Dominicana, ora demandada, adotasse medidas internas para equalizar sua legislação interna em acordo com a Convenção Americana de Direitos Humanos, bem como que retirasse qualquer obstáculo de concessão de nacionalidade para filhos de haitianos ou de outros países, já que o *jus sollis* é regra constitucional.

Assim, a Corte Interamericana de Direitos Humanos condenou a República Dominicana a conceder o direito à nacionalidade das crianças requerentes pela violação dos artigos 20 e 24 da COAMDH, além do art. 1.1 do mesmo dispositivo, bem como pela violação do direito ao reconhecimento da personalidade jurídica e do nome de família das autoras menores, na forma dos arts. 3 e 8 da referida norma, e com relação aos pais, foi-lhes retirado o direito a viver em família, devido à discriminação de seus filhos não serem filhos de dominicanos e sim de haitianos⁷⁵⁹.

Como se vê, também em casos de apatridia a margem nacional de apreciação não é utilizada no Sistema Interamericano de Direitos Humanos, e, de igual forma, como a Europa, mas em sede de consulta como se mostra a seguir e

⁷⁵⁷ CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Denúncia nº 12189/98**. Caso das crianças Yean e Bosico vs. República Dominicana. Decisão de 8 de setembro de 2005. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_130_por.pdf Acesso em: 2 ago. 2022.

⁷⁵⁸ Ibid.

⁷⁵⁹ Ibid.

não de jurisdição contenciosa aplica esse instrumento de forma transversal e indireta aos direitos migratórios, especialmente a concessão da nacionalidade.

Pela Opinião Consultiva nº 4/84, na qual a Corte foi chamada a interpretar a compatibilidade da Convenção Americana de Direitos Humanos, particularmente, as garantias de igualdade e não discriminação com o projeto de reforma da Constituição Política da Costa Rica, em que se estipulavam condições de se obter a nacionalidade costarricense por naturalização a favor de certos grupos de estrangeiros em detrimento a outros grupos e pessoas, pode-se dar início ao estudo e manejo da MNA no continente americano.

A Corte decidiu, em poucos argumentos, que cada Estado signatário goza de uma margem de apreciação para estabelecer requisitos de naturalização de estrangeiros, tendo em conta o bem comum, podendo realizar uma diferenciação de tratamento a certos grupos⁷⁶⁰.

Desde que a decisão do Estado esteja pautada no princípio da proporcionalidade e ainda uma vez regulada a naturalização, não pode restringir direitos políticos dos naturalizados de maneira injustificada e exagerada.

Verifica-se também que a Corte, de maneira cuidadosa, libera certa largura da margem com limitação ao básico dos direitos fundamentais humanos, à igualdade e a valores protetivas da vida. O fundamento na utilização da margem advém do art. 8 da Convenção, que tem o condão processual, em permitir que cada Estado regule seu sistema recursal, e também desde que garantido os escritos de fundamentos jurídicos deste artigo.

Assim, em litígios envolvendo garantias como o devido processo penal, a Corte Interamericana de Direitos Humanos tem decidido o uso da margem nacional de apreciação de cunho restrito, pois o processo judicial definido pela CIDH deve ser justo para que:

Toda pessoa tem direito a ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou para

⁷⁶⁰ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. **Opinião Consultiva 4/84**. Propuesta de modificación a la constitución política de Costa Rica relacionada con la naturalización. [S. l.], 1984. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_04_esp.pdf. Acesso em 06 de maio de 2020.

que se determinem seus direitos ou obrigações de natureza civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza⁷⁶¹.

A aplicação desse instrumento jurídico de maneira restrita em temas como a liberdade de expressão, devido a um histórico de ditaduras cívico militares na América do Sul, sendo o pilar da constituição de uma sociedade democrática, e com o teste de proporcionalidade entre a lei nacional e a Convenção Americana, verifica-se ser esse direito muito caro a ser mitigado pelas nações signatárias, o que causaria a fragilidade da democracia no continente.

Assim, no sistema interamericano, os Estados só podem adotar o uso da MNA para estabelecer restrições nessa matéria, sempre que a limitação estiver prevista legalmente de forma expressa e taxativa na lei em sentido formal, pois é necessário em uma sociedade democrática o interesse público imperativo no limite para exercer a plenitude da liberdade de expressão e que não se converta em censura.

No caso *Castaneda Gutman contra o México*, que tem como cerne da questão os direitos políticos, a Corte Americana decidiu que o Sistema Interamericano de Direitos Humanos não define um determinado tipo de sistema eleitoral ou de partidos ou candidaturas independentes, mas que cada Estado tem a margem de apreciação para estabelecer requisitos para o exercício dos direitos políticos, sempre e quando as leis e restrições não superem o princípio da razoabilidade com base no art. 23 CIDH⁷⁶².

No estudo das decisões da Corte Americana de Direitos Humanos extrai-se, que tutelas e direitos como liberdade de expressão, liberdade pessoal e direitos políticos são definidos por esse Colegiado Judicial Internacional como espaços próprios às nações signatárias da CIDH, e através da margem nacional isso se consolida com seu manejo nas Américas.

⁷⁶¹ ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS (OEA). Comissão Interamericana de Direitos Humanos. **Convenção Americana sobre Direitos Humanos**. Art. 8. Assinada na Conferência Especializada Interamericana sobre Direitos Humanos, San José, Costa Rica, em 22 de novembro de 1969. Disponível em: http://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm. Acesso em: 12 ago. 2020.

⁷⁶² CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Caso Castañeda Gutman vs. Estados Unidos Mexicanos**. 2008.[S. I.], 2008. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/cf/jurisprudencia2/ficha_tecnica.cfm?nld_Ficha=298. Acesso em 20 set. 2020.

Como na Convenção Europeia, a Convenção Americana também deveria ter a necessidade de primeira ordem em conseguir encontrar um caminho de conciliação entre as aspirações universais de direitos humanos com as locais, ordenando o plural de maneira sintética.

Em outro aspecto, no entanto, o pluralismo jurídico no continente americano ainda não urge fortemente como um tema a ser abordado pela CIDH, pois ainda não se elevou a importância devida juridicamente continentalmente, reflexo das frágeis políticas públicas nacionais, e como consequência pouca praxe da margem nacional de apreciação como na Corte Europeia de Direitos Humanos.

As decisões da Corte Interamericana de Direitos Humanos, no entanto, possuem certo paralelismo com as sentenças da COEDH, até mesmo na permeabilidade de internalização nos países membros de seus fundamentos jurídicos através de seis dimensões:

- a) desenvolvimento normativo interno dos Direitos da Convenção americana;
- b) configuração das instituições nacionais envolvidas para desenvolvimento ou exercício dos direitos da CIDH;
- c) valorização das circunstâncias materiais que justificam a aplicação da CIDH;
- d) regulamentação dos direitos reconhecidos na CIDH;
- e) definir o alcance dos efeitos das decisões da CIDH;
- f) o cumprimento das decisões da CIDH;
- g) reconhecimento dos Estados signatários através da MNA das questões morais e religiosas e suas reivindicações singulares⁷⁶³.

No que concerne ao direito de recorrer das decisões judiciais, o caso contencioso de Herrera Ulhoa contra Costa Rica, no ano de 2004, se fez menção à margem nacional de apreciação sobre o direito de recorrer de decisões judiciais nos países membros, e a CIDH definiu que os Estados teriam a margem para regular este exercício, desde que não criassem normas de restrição pessoal a esse

⁷⁶³ NÚÑEZ Poblete; Manuel e Acosta ALVARADO, Paola Andrea. **El margen de apreciación en el sistema interamericano de derechos humanos**: proyecciones regionales e nationale. México, UNAM, 2012. p. 22.

requisito, mostrando claramente a influência da norma internacional em benefício protetivo na ordem nacional a seus cidadãos⁷⁶⁴.

O caso Chaparro y Lapo contra Equador processado em 2007, discutiu-se também a manutenção ou não de medidas cautelares restritivas de liberdade aplicadas contra determinada pessoas, e fazendo alusão à MNA, a Corte Interamericana de Direitos Humanos determinou que cabia aos Estados nacionais definirem os atos jurídicos contra seus cidadãos, desde que estes tenham ciência de qual acusação estão sofrendo e o porquê de sua aplicação legal⁷⁶⁵

Com o passar dos anos, já em 2008, mostra-se claramente que as decisões da CIDH sobre a margem nacional de apreciação passaram a ser extremamente cautelosas, no sentido de maior restrição de seu uso pelo Estado-membro, na procura de maior proteção dos direitos humanos.

Depreende-se da análise jurisprudencial da Corte Interamericana, é que o Estado nacional signatário quando faz uso do instrumento da margem de apreciação envolvendo direitos políticos e civis tem uma limitação maior, pois fere gravemente a personalidade humana, sua dignidade e seus direitos fundamentais.

Noutra ponta a regulação pela CIDH dos direitos econômicos, sociais e culturais (DESCs) se apresenta totalmente diferente dos direitos políticos e civis, pois aqueles estão ligados com a realidade social e econômica de cada nação membro, e que o impulso de seu desenvolvimento progressivo é de acordo com os recursos disponíveis em cada país⁷⁶⁶.

A falta de especificação legislativa interna dos DESCs, em cada Estado, cria obstáculos para que a Corte Interamericana de Direitos Humanos possa compreender as peculiaridades nacionais de cada sociedade, ou seja, fica sem parâmetros específicos.

⁷⁶⁴ CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Caso Herrera Ulhoa Vs. Costa Rica**. Sentença de 2 de julho de 2004. [S. I.], 2004. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_107_esp.pdf. Acesso em 10 de mar. 2021. p. 161.

⁷⁶⁵ Id. **Caso Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez vs. Ecuador**. Sentença de 21 de novembro de 2007. [S. I.], 2007. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_170_esp.pdf. Acesso em 10 de mar. de 2021. p. 107.

⁷⁶⁶ ABRAMOVICH, Victor; COURTIS, Crithian. Apuntes sobre la exigibilidad judicial de los derechos sociales. **Jura Gentium, Rivista di filosofia del diritto internazionale e della politica globale** [S. I.], 2005. Disponível em: <http://www.juragentium.org/topics/latina/es/courtis.htm>. Acesso 05 jun. 2020.

Resultado disto, é que o julgamento dos direitos econômicos, sociais e culturais na Corte, quando há a ausência de previsões normativas nos países, torna-se prejudicado, e, por conseguinte, alarga-se a margem de apreciação, reduzindo a função da Corte internacional de Direitos Humanos.

Com isso no sistema americano de direitos humanos o uso da margem nacional é restrito quando se trata de direitos civis e políticos, e amplo quando são direitos econômicos, sociais e culturais, já que o controle interno judicial possui mais parâmetros que o externo internacional da CIDH.

Deve-se aviltar que mesmo não existindo as especificações dos DESCs na seara internacional, a Corte Interamericana de Direitos Humanos aplica a possibilidade de sua proteção genérica de forma indireta, através dos princípios da razoabilidade e proporcionalidade.

Com isso, os magistrados nacionais ou internacionais não substituem os poderes políticos para a escolha de políticas públicas, mas sim como elas devem ser aplicadas, para que se tenha eficácia e defesa de dum direito social.

Em sede de direito migratório e suas nuances jurídicas, a CIDH, apenas na Opinião consultiva 18/03, manifestou-se sobre a condição jurídica e dos direitos dos imigrantes sem documentos com base no art. 2 da Convenção Americana de Direitos Humanos, afirmando que os Estados possuem a margem de apreciação para regular legalmente o tratamento diferente aos imigrantes em relação aos semelhantes trabalhadores nacionais documentados⁷⁶⁷.

O interessante a se apresentar é que a CIDH definiu que apesar dos Estados gozarem da MNA para tratar diferente o imigrante trabalhador sem documentos, não pode criar regras ou praticar leis migratórias que venham a ferir direitos fundamentais, ou de privação e restrição à dignidade humana, mostrando assim seu papel mesmo que transversal e indireto no direito de migrar.

Assim, verifica-se a possibilidade de a margem nacional de apreciação ser um instrumento que restrinja os Estados nacionais nas Américas a regularem minimamente o direito de migrar, notadamente, o refúgio, asilo e apatridia, pois estes se incluem como direitos humanos com cunho civil e político já que o migrante

⁷⁶⁷ CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Opinião Consultiva 18/03**. A condição jurídica e os direitos dos migrantes indocumentados. 2003. .[S. l.], 2003. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_18_por.pdf. Acesso em: 10 nov. 2022.

passa a integrar a sociedade receptora como detentor de direitos e obrigações em geral, sendo assim um bem universal mínimo protegido.

A comprovação da possibilidade acima descrita se dá na regulação pela Corte Interamericana de Direitos Humanos de maneira diferente nas áreas dos direitos econômicos, sociais e culturais e dos direitos políticos e civis, os primeiros possibilitam a ampliação da margem nacional e os segundos restringem seu uso.

Outro fundamento que consolida também a margem nacional como instrumento facilitador dos direitos migratórios nas Américas é o Estatuto do Refugiado de 1951, na perspectiva internacional dos direitos humanos, pois prevê a obrigação do Estado receptor de conceder direitos aos migrantes, em especial os direitos civis, que vai desde o direito a educação ao direito social previdenciário e trabalhista⁷⁶⁸.

De frente com as decisões da CIDH sobre migrações, em geral, torna-se perceptível à análise de que os julgamentos dos direitos dos migrantes em relação à apatridia, o refúgio e o asilo referem-se a outros direitos indiretos como: o direito à vida, à intimidade, à liberdade, à saúde, mas não se apresenta de maneira direta e frontal o direito a migrar e permanecer no território estrangeiro.

Apesar disso, o continente americano já possui os alicerces para a concessão do direito de migrar para os apátridas, refugiados e asilados, considerando-os como direitos humanos pelo viés civil e político, que se torna eficaz com a permanência do migrante em outra nação, sem as amarras proibitivas da soberania e com base também nos fundamentos cosmopolíticos e jurídicos, através do louvável instituto da margem nacional de apreciação, mas que, infelizmente, na verificação jurisprudencial visualizou-se seu uso de forma incipiente e prematuro no Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Fundamentais.

⁷⁶⁸ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Estatuto dos Refugiados**. Adotada em 28 de julho de 1951 pela Conferência das Nações Unidas de Plenipotenciários sobre o Estatuto dos Refugiados e Apátridas, convocada pela Resolução n. 429 (V) da Assembleia Geral das Nações Unidas, de 14 de dezembro de 1950. Entrou em vigor em 22 de abril de 1954. Genebra, 1951. Disponível em: <http://www2.mre.gov.br/dai/refugiados.htm>. Acesso em: 12 abr. 2019.

3.3.1.3 A Análise do Uso da Margem Nacional de Apreciação para o Direito de Migrar dos Refugiados, Apátridas e Asilados no Sistema Africano de Direitos Humanos e dos Povos

O Sistema Africano de Proteção dos Direitos Humanos como o mais novo arcabouço jurídico regional de consolidação de direitos fundamentais no mundo, ainda trilha caminhos de forma lenta e gradual na utilização da MNA.

A Carta Africana de Direitos Humanos e dos Povos, no entanto, evolui e muito com relação às outras convenções regionais, pois traz em seu bojo, de forma direta, a proteção ao direito de migrar de forma geral, como a não expulsão coletiva de estrangeiros, e o direito de residência em qualquer Estado-membro da referida Convenção como se segue:

Artigo 12º 1. Toda pessoa tem o direito de circular livremente e de escolher a sua residência no interior de um Estado, sob reserva de se conformar às regras prescritas na lei. 5. A expulsão coletiva de estrangeiros é proibida. A expulsão coletiva é aquela que visa globalmente grupos nacionais, raciais, étnicos ou religiosos⁷⁶⁹.

De certo, mesmo que se apresente a dita evolução, ainda há amarras em temas retrógrados de soberania e o direito de visita nos moldes kantianos, condicionando este direito a permissibilidade do país receptor, e assim: “O estrangeiro legalmente admitido no território de um Estado Parte na presente Carta só poderá ser expulso em virtude de uma decisão legal”⁷⁷⁰.

Como o continente africano possui uma imensa pluralidade de comunidades tradicionais e de povos originários, bem como ainda é recente os malefícios da colonização europeia nos séculos anteriores, os direitos dos povos veem que em seu teor a prevalência da proteção destes direitos é forte, pois: “Todos os povos são

⁷⁶⁹ UNIÃO AFRICANA. **Carta Africana sobre Direitos Humanos e dos Povos**. Carta de Banjul. Art. 12. Aprovada pela Conferência Ministerial da Organização da Unidade Africana (OUA) em Banjul, Gâmbia, em janeiro de 1981, e adotada pela XVIII Assembléia dos Chefes de Estado e Governo da Organização da Unidade Africana (OUA) em Nairóbi, Quênia, em 27 de julho de 1981. Disponível em: https://au-int.translate.google/en/overview?_x_tr_sl=en&_x_tr_tl=pt&_x_tr_hl=pt-BR&_x_tr_pto=sc. Acesso 10 set. 2022.

⁷⁷⁰ Ibid.

iguais, gozam da mesma dignidade e têm os mesmos direitos. Nada pode justificar a dominação de um povo por outro”⁷⁷¹.

Com toda a forma plural de sociedade na África, atualmente o mecanismo da margem nacional de apreciação está sendo usado pelo Tribunal Africano de Direitos Humanos e dos Povos como meio de harmonizar temas mais caros e urgentes a sua realidade, como o direito à vida, combate ao genocídio religioso e à tortura, contra a discriminação das mulheres, e obter também das nações signatárias a proteção mínima desses direitos humanos.

Pelas demandas feitas por particulares, de igual forma como o sistema americano, é obrigatória sua admissibilidade na Comissão Africana de Direitos Humanos e dos Povos (COADHP), sendo tratadas pelo seu secretário que apresentará antes de cada sessão uma lista de denúncias realizadas por terceiros e não por Estado-membro.

Como a Carta Africana define que denúncias podem ser protocoladas por atores não estatais, então a própria COADHP, em sua função interpretativa, deu vez a possibilidade de peticionar para indivíduos, grupos de pessoas ou organizações não governamentais⁷⁷².

Uma vez feita a comunicação junto à Comissão Africana, esta votará por apreciar ou não o pedido, pela maioria simples de votos, devendo este pleito conter requisitos essenciais a sua aceitação, como indicar a autoria da demanda, que o ato e direito sejam compatíveis com a Carta Africana de Direitos Humanos, não possuir em seu teor insultos, palavras de baixo calão contra o Estado denunciado ou as instituições da União Africana (UA), bem como não pode se basear em fatos alegados pela mídia, e sim com provas capazes de comprovar o alegado⁷⁷³.

Com efeito, devem ter sido esgotadas todas as possibilidades recursais no direito interno no Estado-membro violador de direitos humanos, e também no mérito

⁷⁷¹ UNIÃO AFRICANA. **Carta Africana sobre Direitos Humanos e dos Povos**. Carta de Banjul. Art. 12. Aprovada pela Conferência Ministerial da Organização da Unidade Africana (OUA) em Banjul, Gâmbia, em janeiro de 1981, e adotada pela XVIII Assembleia dos Chefes de Estado e Governo da Organização da Unidade Africana (OUA) em Nairóbi, Quênia, em 27 de julho de 1981. Art. 19. Disponível em: https://au-int.translate.google/en/overview?_x_tr_sl=en&_x_tr_tl=pt&_x_tr_hl=pt-BR&_x_tr_pto=sc. Acesso 10 set. 2022.

⁷⁷² Ibid., Arts. 12 e 12.3

⁷⁷³ Ibid., art. 12.

desses instrumentos, o país acusado deve ser comunicado previamente da demanda na Comissão⁷⁷⁴.

De cunho paradoxal, infelizmente a própria Convenção Africana faz uma limitação ao indivíduo que sofreu ofensa a seus direitos humanos, ou seja, o prejuízo deve ser grave e maciço a uma coletividade, e não a uma pessoa somente, e, portanto, traz um retrocesso na defesa da humanidade na África, pois exclui de seu manto de cobertura à dignidade humana⁷⁷⁵.

O direito migratório dos apátridas, refugiados e asilados no sistema africano, como nos outros sistemas regionais não é analisado sob o foco direto do manejo da margem nacional de apreciação.

A situação de apátrida, que foi julgado pela Corte Africana de Direitos Humanos e dos Povos no ano 2018, foi peticionada através do Requerimento 012/2015, que tem como Requerente Anudo Ochieng contra a República Unida da Tanzânia⁷⁷⁶.

O requerente afirma, em seus fatos alegados, que nasceu em 1979 na cidade de Masinono, Butiama, República Unida da Tanzânia, sendo essa Nação signatária da Carta Africana dos Direitos Humanos e dos Povos desde 1986, bem como aceita as decisões da Corte Africana desde o ano de 2006.

O requerente afirma que em 2012 procurou as autoridades da Tanzânia, especialmente na Delegacia de Polícia do Distrito de Babati, para dar início ao processo formal de seu casamento, quando os policiais decidiram reter seu passaporte por desconfiar de que ele não possuía cidadania tanzaniana. Sua nacionalidade foi retirada sumariamente e o demandante foi deportado para a República do Quênia, mas foi devolvido à Tanzânia, que de pronto não permitiu sua

⁷⁷⁴ UNIÃO AFRICANA. **Carta Africana sobre Direitos Humanos e dos Povos**. Carta de Banjul. Art. 12. Aprovada pela Conferência Ministerial da Organização da Unidade Africana (OUA) em Banjul, Gâmbia, em janeiro de 1981, e adotada pela XVIII Assembleia dos Chefes de Estado e Governo da Organização da Unidade Africana (OUA) em Nairóbi, Quênia, em 27 de julho de 1981. Disponível em: https://au-int.translate.google/en/overview?_x_tr_sl=en&_x_tr_tl=pt&_x_tr_hl=pt-BR&_x_tr_pto=sc. Acesso 10 set. 2022. art. 58.

⁷⁷⁵ Ibid.

⁷⁷⁶ CORTE AFRICANA DE DIREITOS HUMANOS E DOS POVOS. **Requerimento 012/2015**. Julgamento em 22 de março de 2018. Anudo Ochieng contra a República Unida da Tanzânia. [S. l.], 2018. Disponível em: <https://www.african-court.org/wpafc/jurisprudencia-do-tribunal-africano-volume-2-2017-2018/?lang=pt-pt>. Acesso em 23 dez. 2022.

entrada, ficando o autor sem nacionalidade, como apátrida, e preso na “terra de ninguém”, que é a faixa fronteira entre os dois países, chamada de Siriari⁷⁷⁷.

Desesperado com a situação, e vendo sua vida em perigo, por ser agora um sem nacionalidade, em 2 de setembro de 2013, o requerente enviou uma carta ao Ministro de Assuntos Internos e Imigração solicitando saber por que seu passaporte foi retido pela Polícia.

Depois de quase dois anos, entre abril e maio de 2014, foi aberto procedimento no serviço de imigração para investigar a situação do reclamante, e diversos moradores indicados por ele em sua aldeia natal, que atestaram ser ele filho biológico de Anudo Achok e Dorcas Rombo Jacop, com exceção de seu tio Alal Achock (irmão de seu pai), que afirmou que o requerente nasceu no Quênia, filho de Damaris Jacobo, e, posteriormente, migrou para a Tanzânia⁷⁷⁸.

O requerente indicou ter escrito ao Departamento de Prevenção e Bureau de Combate à Corrupção informando a este Bureau que os policiais da imigração lhe pediram suborno, e que ele se recusou a dar.

Por ofício datado de 21 de agosto de 2014, o Ministro da Administração Interna e da Imigração informou ao requerente que, após cuidadosa verificação de todos os documentos relevantes, chegou-se à conclusão de que ele não era cidadão da Tanzânia, que seu passaporte foi emitido com base em documentos falsos, e que o demandante deveria se apresentar ao Gabinete de Imigração para entender os passos de como solicitar a nacionalidade de maneira lícita⁷⁷⁹.

Em resposta a esse convite, o requerente entendeu que era para ir ao Departamento de Imigração em Manyara, para receber o seu passaporte de volta. Ao chegar ao local ele foi preso, detido e espancado. Sete dias depois, ou seja, em 1º de setembro de 2014, ele foi expulso, com oficiais de imigração escoltando-o até a fronteira com o Quênia depois que ele foi obrigado a assinar um aviso de deportação e um documento atestando que ele é um cidadão queniano.

⁷⁷⁷ CORTE AFRICANA DE DIREITOS HUMANOS E DOS POVOS. **Requerimento 012/2015**. Julgamento em 22 de março de 2018. Anudo Ochieng contra a República Unida da Tanzânia. [S. l.], 2018. Disponível em: <https://www.african-court.org/wpafc/jurisprudencia-do-tribunal-africano-volume-2-2017-2018/?lang=pt-pt>. Acesso em 23 dez. 2022.

⁷⁷⁸ Ibid.

⁷⁷⁹ Ibid.

Em 5 de outubro de 2014, o pai do requerente trouxe o assunto para a atenção do Primeiro-Ministro do Estado Respondente, procurando anulação da decisão de cassar a cidadania do filho e de sua deportação. Em dezembro do mesmo ano, o Ministro do Interior e a Imigração confirmou a expulsão do requerente.

No Quênia, o requerente foi encontrado em 3 de novembro de 2014 em estado de coma com hematomas e ferimentos, e foi levado para o hospital. Em 6 de novembro de 2014, ele foi denunciado perante a Justiça do Quênia, que declarou sua “situação irregular” no território e condenou-o a pagar uma multa por permanência ilegal. O requerente foi novamente expulso para a Tanzânia na sequência dessa decisão⁷⁸⁰

O requerente alega que desde então vive em segredo na “terra de ninguém” entre o território do Estado Requerido e a República do Quênia, em condições muito difíceis, sem assistência social básica ou serviços de saúde.

O demandante alega que, com o confisco de seu passaporte, passou para condição de imigrante ilegal e apátrida, o que tirou sua nacionalidade tanzaniana em processo ilegal, com violação dos artigos 15.º, n.º 1, e 17.º da Constituição da Tanzânia e Artigo 15(2) da Declaração Universal de Direitos humanos⁷⁸¹.

Em sua réplica a resposta do Estado Demandado, o Requerente, por meio de seu Advogado, afirma ainda que, ao privá-lo de sua nacionalidade tanzaniana e expulsá-lo para o Quênia, que por sua vez declarou-o em “situação irregular”, o Estado requerido violou vários de seus direitos fundamentais como:

- a) o direito à liberdade de circulação e residência em seu próprio país, conforme garantido pelo Artigo 12 da Carta Africana de Direitos Humanos e dos Povos,
- b) o direito à liberdade e à segurança de sua pessoa e a proibição de prisão e detenções arbitrárias, conforme previsto no artigo 9(1) do PIDESC (Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais) e Artigo 6 da Carta; o direito à igualdade perante a lei;

⁷⁸⁰ CORTE AFRICANA DE DIREITOS HUMANOS E DOS POVOS. **Requerimento 012/2015**. Julgamento em 22 de março de 2018. Anudo Ochieng contra a República Unida da Tanzânia. [S. l.], 2018. Disponível em: <https://www.african-court.org/wpafc/jurisprudencia-do-tribunal-africano-volume-2-2017-2018/?lang=pt-pt>. Acesso em 23 dez. 2022.

⁷⁸¹ Ibid.

- c) o direito de ser presumido inocente até prova em contrário;
- d) o direito a uma audiência pública justa garantidas pelo artigo 15 do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos e Artigo 7(b) da Carta Africana de Direitos Humanos e dos Povos;
- e) o direito de apelar aos órgãos nacionais competentes contra atos que violem seus direitos fundamentais reconhecidos e garantidos por convenções, leis, regulamentos e costumes em vigor, nos termos do Artigo 7(a) da Carta;
- f) o direito de participar livremente do governo de seu país, seja diretamente ou por meio de representantes, conforme previsto no Artigo 13(1) da Carta Africana e Artigo 25(1) do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos;
- g) o direito de acesso a cargos públicos e ao uso de serviços públicos em seu país, conforme disposto no Artigo 13(2) da Carta e o Artigo 25(2) do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos;
- h) o direito ao trabalho previsto no artigo 15.º da Carta e Artigo 6 do PIDESC;
- i) o direito de gozar do melhor estado de saúde física e saúde mental conforme garantido pelo Artigo 16 da Carta;
- j) o direito à proteção da sua família pelo Estado Requerido conforme previsto no Artigo 18 da Carta;
- k) o direito a um nível de vida adequado para si e para os seus familiares conforme disposto no Artigo 11 do PIDESC;
- l) o direito de casar e constituir família, garantido pelo artigo 23 do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos;
- n) o direito de participar da vida cultural de sua comunidade como previsto no Artigo 17(2) da Carta⁷⁸².

O Tribunal considerou que nem a Carta Africana, nem o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos lidam explicitamente com o direito à nacionalidade, mas que sua retirada fez o requerente passar para a condição de apátrida, o que viola a Declaração Universal dos Direitos Humanos que reflete o direito internacional

⁷⁸² CORTE AFRICANA DE DIREITOS HUMANOS E DOS POVOS. **Requerimento 012/2015**. Julgamento em 22 de março de 2018. Anudo Ochieng contra a República Unida da Tanzânia. [S. l.], 2018. Disponível em: <https://www.african-court.org/wpafc/jurisprudencia-do-tribunal-africano-volume-2-2017-2018/?lang=pt-pt> . Acesso em 23 dez. 2022.

consuetudinário. O Tribunal considerou ainda que a maneira como o requerente foi expulso violou o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos.

A Corte Africana condenou o Estado demandado pela injustificada e arbitrária retirada da nacionalidade do autor violando o Artigo 15(2) da Declaração Universal de Direitos Humanos⁷⁸³, pela expulsão arbitrária definiu a violação do artigo 13 do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, e, por fim, a lei nacional da Tanzânia é omissa a negar ao autor o direito de recurso contra a retirada da nacionalidade, cabendo ao Estado suprir a lacuna⁷⁸⁴.

Em sede de pesquisa sobre o direito migratório do refúgio e asilo na Corte Africana de Direitos Humanos, na sua jurisprudência desde 2006 a 2022, não se visualizou nenhum caso neste sentido, o que confirma o fato desse sistema protetivo ainda ter que avançar muito para a proteção dos migrantes, com suas decisões.

Apresenta-se, por fim, que o Sistema Africano tem um grande desafio, o de consolidar os direitos humanos nos sistemas judiciais nacionais, e, ao mesmo tempo, realizar a manutenção das tradições de seus povos, sem perder o norte do mínimo universal protegido dos direitos fundamentais, dentre eles futuramente o direito de migrar para os asilados, refugiados e apátridas.

⁷⁸³ Artigo 15 1. Todo ser humano tem direito a uma nacionalidade. 2. Ninguém será arbitrariamente privado de sua nacionalidade, nem do direito de mudar de nacionalidade (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS 1948).

⁷⁸⁴ CORTE AFRICANA DE DIREITOS HUMANOS E DOS POVOS. **Requerimento 012/2015**. Julgamento em 22 de março de 2018. Anudo Ochieng contra a República Unida da Tanzânia. [S. l.], 2018. Disponível em: <https://www.african-court.org/wpafc/jurisprudencia-do-tribunal-africano-volume-2-2017-2018/?lang=pt-pt> . Acesso em 23 dez. 2022.

4 CONCLUSÃO

O estudo apresentado teve como objetivo principal analisar a possibilidade da total concretude do direito de migrar pelo mundo, ao se aplicarem as bases teóricas e jurídicas do direito cosmopolítico como forma de robustecer as políticas nacionais, através dos textos internacionais protetivos de direitos humanos, pelo manejo restrito ou ampliado na utilização do artefato legal da margem nacional de apreciação pelos Estados signatários das convenções internacionais de proteção dos direitos humanos, evitando o retrocesso em direitos já consolidados em suas cortes internacionais, e evoluindo na salvaguarda do direito migratório em especial dos apátridas, refugiados e asilados.

Ao pesquisar sobre direito de migrar foi fundamental aprofundar o cosmopolitismo como base inicial para os deslocamentos humanos no mundo. Historicamente, desde os Cínicos falava-se do cosmos e da saída para um mundo exterior, diferente daquele que o ser humano estava inserido.

Com Immanuel Kant⁷⁸⁵ e sua obra prima “A Paz Perpétua”, de 1795, é que, efetivamente, o cosmopolitismo ganhou o formato mais jurídico, pois conseguiu traduzir a relação dos Estados nacionais na seara internacional com o indivíduo sujeito de direito e de obrigações em um novo patamar, ou seja, na sua igualdade com os países, mas ainda sendo fundamental seu pertencimento a uma nacionalidade como meio de conseguir respeito legal a sua condição humana.

A isonomia, porém, só se torna possível porque a sociedade deve ser entendida como um ente dentro do ser humano conjugando a sua relação com a natureza, pois somente a razão proporciona a saída de um estado brutal e rude para uma comunidade baseada em princípios morais, o que pavimenta a evolução humana do seu entendimento próprio, para com si mesmo e para com o outro, aquele diferente do comum, o migrante.

⁷⁸⁵ KANT, Immanuel. **A paz perpétua**. Um projeto filosófico. Tradução: Artur Morão. Textos práticos da Filosofia. Direção da Coleção: José Rosa & Artur Morão. Título original: A Paz Perpétua. Um Projecto Filosófico (1795). Universidade da Beira Interior Covilhã, 2008, p.34..*E-book*. Disponível em: http://www.lusosofia.net/textos/kant_immanuel_paz_perpetua.pdf. Acesso em 03 set. 2020.

Destacou-se que a contextualização política da época de Kant foi de intensa imigração humana, pois as colônias conquistadas nas grandes navegações, a partir do século XVI, já estavam concretizadas, e o fluxo comercial era comum, ou seja, o mundo não era mais somente a Europa, mas sim uma infinidade de possibilidades de contatos com novos povos e culturas, sendo fundamental uma percepção jurídica diferente, que abraçasse a nova realidade daquela época.

Kant apresentou o Estado como elemento jurídico composto de pessoas resultando em uma percepção de igualdade, fomentando a empatia, que vem de dentro da mente dos indivíduos e de suas práticas cotidianas para o alcance da diferença, o que permitiu o reflexo nas regras sociais, para continuar no encaixo da efetiva isonomia entre o nacional e o migrante⁷⁸⁶.

Na mesma obra definiu que somente pela paz mundial como condição primordial e de forma contínua é que a humanidade poderia evoluir, tendo como fundamento diversos artigos, sendo seis preliminares e três definitivos, os quais tratavam desde a confiança e igualdade entre os Estados até a inexistência de exércitos nacionais, mas, principalmente, apresentou a forma republicana de federação de nações como mais adequadas para essa união.

Com efeito, antes de se aprofundar para além da federação kantiana, o estudo da soberania foi trazido à baila, apresentando suas formas, origens, e principalmente sua evolução, pois assim se entendeu sua configuração mais claramente, notadamente do porquê do elemento soberano nacional ser impeditivo ao direito de migrar.

A importância de seus conceitos e de sua contínua readaptação reflete-se de acordo com o momento político vigente ao longo da história, indo desde um nacionalismo metodológico até o processo de integração na Europa.

Nos primórdios, entre o século X e XIII, a soberania nasceu dentro do espectro religioso com o Direito Canônico, ou seja, resultado do contato do divino com o Poder Papal, mediante o qual a Igreja utilizava seu poderio de soberano

⁷⁸⁶ KANT, Immanuel. **A paz perpétua**. Um projeto filosófico. Tradução: Artur Morão. Textos práticos da Filosofia. Direção da Coleção: José Rosa & Artur Morão. Título original: A Paz Perpétua. Um Projecto Filosófico (1795). Universidade da Beira Interior Covilhã, 2008, p.34..*E-book*. Disponível em: http://www.lusosofia.net/textos/kant_immanuel_paz_perpetua.pdf. Acesso em 03 set. 2020.

celestial para impor na terra seus ordenamentos, colocando o monarca em segundo plano.

Bodin⁷⁸⁷ mostrou que, ao passar dos anos e pela consequência do distanciamento do direito divino papal, em idos do século XIV, a soberania começou a ser transferida para a realidade dos reinos, das obrigações dos súditos, da proteção militar contra invasões externas, mas, principalmente, de forma una, indissociável e ungida na figura do rei feita por Deus, como único soberano, sem a interferência de terceiros, o Papa.

A unificação e personalização do poder no monarca acabaram garantindo o apaziguamento dos conflitos entre o terreno e o espiritual, trazendo sua perenidade, que construíram, infelizmente, naquela época, mas de forma imprescindível, a delimitação territorial dos reinos e futuras nações, concretizando os processos de dominação e colonização sobre os mais fracos e diferentes.

Em Hugo Grotius,⁷⁸⁸ a soberania passou por uma reformulação, com o deslocamento do direito divino para o direito natural, não mais influenciado de maneira incontestável pela fé e religião. De igual monta, em sua obra *Mare Liberum* foram criadas as condições necessárias para a justificação da guerra e das conquistas territoriais, legitimavam-se então os conflitos, seus tipos e requisitos obrigatórios sob a premissa do ideal de soberania, fundada na propriedade.

Como resultado, a razão apresenta-se mais forte, e é com ela que começou a existir a possibilidade do questionamento do poder soberano, ainda que de origem divina, mas, inicia-se a cisão antes indissolúvel entre o rei e a soberania, e de forma mais eficaz quando da declaração de guerra feita de forma injusta e inadequada pelo monarca.

A partir dessas indagações da supremacia do poder do soberano contra a sua soberania inquestionável, que a figura do Estado passou a ser fortalecido no século XVII, com a Teoria Contratualista de Thomas Hobbes⁷⁸⁹.

A referida Teoria fundava-se na concepção de que a soberania se localizava no povo, que cedia esse poder ao monarca, através do contrato social criador do

⁷⁸⁷ BODIN, Jean. **Los Seis Libros de la República Jean Bodin**. Madrid: Tecnos, 1997.

⁷⁸⁸ GROTIUS, Hugo. **O direito da guerra e da paz**. Tradução: Ciro Mioranza. Ijuí: Unijuí, 2004, v. 1

⁷⁸⁹ HOBBS, Thomas. **Leviatã**. São Paulo: Martin Claret, São Paulo, 2006.

Estado e alicerçado na razão humana; com isso à frente, o soberano não pode quebrar o acordo sob pena do retorno ao estado da natureza, no qual o ser humano era individualista, que imprimia a tudo e a todos sua vontade e seu poderio, diferente do Estado Civil regulado pelo pacto social.

Neste ponto é perceptível que a soberania começava a ser assentada, de forma inicial, com o povo, mas, uma vez concedida, a soberania não era permitida a sua retirada.

Com Jean-Jacques Rousseau,⁷⁹⁰ a soberania está dentro de cada ser humano, e, com o instrumento do contrato social cria-se o Estado, que é obrigado a proteger o povo, concedendo a todos a igualdade de direitos, e liberdade com limitação das ações individuais para que não exista o retorno ao estado de natureza, e o retrocesso social.

Diferente de Hobbes⁷⁹¹, Rousseau define que é pelo corpo político que a soberania é exercida, através da concessão do povo, mas estes continuam com sua titularidade, ou seja, uma vez concedida pode ser revogada.

O corpo político não podia ser entendido como elemento único de manifestação da soberania, para tanto, a população tem a obrigação de ser um elemento político atuante, como consequência da total exclusão do poder divino como artefato influenciador e legitimador do poder soberano, e, assim, persegue-se a separação total do Estado e da religião.

Apesar da evolução das bases fundamentais da soberania ter alcançado o povo, que a concede ao corpo político, ainda era necessário que todas as pessoas estivessem amarradas a um Governo ou a um Estado para serem sujeitos de direito em qualquer lugar do mundo.

É, portanto, com Kant que o ser humano, inicialmente, é elevado à condição de constituir um Estado em si mesmo, para ser respeitado soberanamente dentro ou fora das fronteiras nacionais, mas que ainda necessita de uma ligação de pertencimento por *jus sanguinis* ou *jus solis* com uma nação para exercer seu direito de cidadão no mundo, ou seja, apenas o direito de visita e não o pleno e efetivo direito de migrar.

⁷⁹⁰ ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Do contrato social**. Tradução: Lourdes Santos Machado. 20. ed. São Paulo: Abril Cultural, 1993.

⁷⁹¹ HOBBS, Thomas. **Leviatã**. São Paulo: Martin Claret, São Paulo, 2006.

Assim, o direito das gentes na seara internacional não deve ser compreendido apenas pela perspectiva de atores estatais, mas também do ser humano como ente político capaz de poder se relacionar com Estados nacionais, para com isso iniciar-se a construção de uma cidadania mundial.

Trilhando esse caminho a Federação kantiana de nações apresentou-se de suma importância para este estudo científico, a fim de acontecer a compreensão dos primórdios da mitigação da soberania solitária defendida pela Teoria Realista das relações internacionais entre os Estados, que, inexoravelmente, apresenta-se como obstáculo primordial ao direito de migrar.

Verifica-se que, com a federação kantiana, não tem como piso de sustentação somente a reunião dos Estados em forma republicana, mas também uma associação dos povos baseada na ideia de confiança e igualdade entre todos, não podendo existir essa união de forma abusiva e impositiva, devendo ser consensual, com a aproximação, se possível, de meios democráticos adequados.

Com esse entendimento em Kant é que se quebrou o paradigma do Tratado de Westfália, feito em 1648, quando foi criado, e, inicialmente, apresentou-se como uma inovação nas relações internacionais estatais, mas que, em verdade, apenas consolidou o poder soberano dos Estados, trazendo uma falsa igualdade no espectro das relações externas entre eles, em uma soberania solitária, fechada e sem compreensão do todo, apenas de si próprio.

O ideal de federação deve ser aprimorado nos moldes do direito das gentes, que se firma na aceitação do pluralismo político e jurídico na ordem mundial pelas nações, não se entendendo que a necessidade de convergência é apenas política ou comercial, como defendida na manutenção do poder no Tratado de Vestfália, mas sim indo da mais intimista vontade humana de se associar até o entendimento mais amplo dos Estados e governos de que pertence a um mundo sem barreiras, de forma cosmopolita.

Apesar de quase 400 anos após Vestfália, é possível ainda ver a infeliz realidade de seus fundamentos agora em 2022, com a Guerra entre Rússia e Ucrânia, na qual apesar da “igualdade” das nações defendida naquele Tratado, em prática o que se tem novamente é a imposição do mais forte contra o mais fraco, a ausência de empatia, e, principalmente, a confiança inexistente em acordos de paz entre as nações.

Deve-se ressignificar a soberania, para evoluir além do mito vestfaliano de igualdade, não mais como um conceito fechado e oriundo apenas do Estado, pois a globalização e a mundialização são reais na atualidade, não havendo mais uma justificativa à restrição do direito de migrar como forma de defesa nacional, pois, com a federação kantiana, a fidúcia entre as nações e o elemento da democracia como cimento consolidador da solidariedade torna-se possível uma união harmônica e pacífica entre os povos dentro de um ideal cosmopolita de vida.

No encaço dessa união, e, por conseguinte, a diluição das barreiras morais, legais e vestfalianas de soberania, que séculos depois o processo integrativo europeu construiu todo o ideal que culminou na União Europeia e no Direito Comum, sendo iniciado com a comunidade do carvão e do aço, e em suas teorias funcionalistas, neofuncionalista e a lógica do *spillover*⁷⁹² criaram o ambiente capaz de pôr em prática a verdadeira soberania solidária, permeando em todos os setores a unificação, que beneficiou todos os membros,

Pela primeira vez na história, a soberania de fato e de direito foi restrita, mitigada, diminuída, mas fortalecida no ideal comum de reestruturação dos países europeus, depois da devastação da Segunda Guerra Mundial, pois o continente europeu não possuía as mínimas condições de conceder a seus cidadãos os mínimos de direitos humanos.

Com a criação da União Europeia e sua total integração pelo Direito Comunitário criou-se um bloco que tenta homogeneizar o mínimo universal dos direitos humanos, mas novamente recai no fechamento ao mundo em relação aos migrantes, permitindo apenas a livre circulação de sua população, que compreende o agrupamento de nações.

Ao menos dentro da união continental a igualdade se fez presente entre países mais e menos ricos, com o livre deslocamento e residência onde queira, de igual forma o direito de trabalho pleno, como também um direito migratório mais amplo naquele continente.

Depois das discussões jurídicas e filosóficas de que é possível um direito de migrar mais efetivo com base no direito cosmopolítico, na soberania solidária, e na união de países em uma federação igualitária, vai-se agora no encaço de

⁷⁹² Do Inglês. Repercussão.

compreender o evento migratório, suas nuances, e uma das principais perguntas: O do porquê migrar? Qual motivação leva uma pessoa a sair de seu local de pertencimento em uma sociedade?

A compreensão de tais eventos apresentou-se como tijolo necessário nesta pesquisa, pois trouxe à baila fundamentos arqueológicos, sociológicos e econômicos, que motivam as pessoas migrarem pelo mundo.

Na história há mais de um milhão de anos o ser humano sempre migrou a procura da melhor sobrevivência, no sentido mais etimológico da palavra, como também sua evolução fisiológica, quando passou a andar em pé, com diversas rotas comprovadas, entre a Ásia e África.

Para além desses aspectos arqueológicos, no entanto, a migração também se apresenta por motivos econômicos, religiosos e conflitos armados, sendo a mais atual e inaceitável guerra entre Rússia e Ucrânia, aumentando ainda mais a complexidade necessária para a compreensão dos deslocamentos humanos pelo mundo.

Foi na busca de explicações sociológicas motivacionais sobre o ato de migrar, que, em 1895, fundou-se a Escola de Chicago, cujo objetivo era de fazer pesquisas sobre as migrações e seus movimentos, tendo como pano de fundo a intensa urbanização e migração que estavam ocorrendo nos Estados Unidos da América fruto da fervescente Revolução Industrial.

O ingrediente econômico na procura de melhor condição financeira de vida levava o migrante a ir para outro continente, especialmente o povo irlandês, fugindo da miséria e da fome no Velho Continente.

Faltava, no entanto, o elemento sociológico necessário para melhor entendimento do evento em discussão, desde a chegada do migrante até a assimilação do diferente em uma nova sociedade, sua adaptação, seus costumes, sua cultura, a xenofobia, enfim, pontuar os motivos da igualdade do migrante ao nacional.

O migrante sociologicamente falando inicia sua jornada como viajante que se desloca entre sociedades e países, mas que, por vezes, não consegue superar a sua ligação com sua origem, uma nova língua e cultura.

A Escola, por fim, apresentou a proposta do diálogo intercultural, como mecanismo necessário à mitigação do preconceito contra o migrante, pavimentando

uma estrada de mão dupla, comunicativa entre os diferentes de forma contínua, pois sempre existiram desacordos, sendo urgente uma ponte, forte e construída na base da empatia e igualdade narrativa, auxiliando assim o direito de migrar.

Ao abordar o viés econômico motivador dos deslocamentos migratórios, tem-se diversas teorias aplicadas fundadas no salário, no emprego e trabalho, nas condições ambientais de labor, no custo econômico ao país receptor, além da análise da renda familiar e as variáveis mercadológicas, que impulsionam ou não a migração, tendo como ingrediente potencializador de complexidade a globalização e suas consequências para os migrantes no mundo.

A Teoria Neoclássica trabalha com a oferta e demanda de mão de obra, ou seja, nos países pobres a demanda por mão de obra desqualificada é pouca, o que influencia o migrante a se deslocar para o país rico em busca de trabalho mais bem remunerado, no entanto, traz um desequilíbrio interno na nação de destino com o excesso de mão de obra não qualificada, diminuindo salários pelo excesso de oferta.

No caminho contrário, a migração de trabalhadores qualificados aos países pobres desequilibra a oferta desse tipo de serviço na sua nação de origem, aumentando salários e desestimulando sua permanência.

Com a Nova Teoria Econômica sobre migração internacional teve seu estudo focado não mais pelo fluxo de mão de obra no mercado de trabalho, mas também a análise individual do custo do benefício individual que o migrante terá, ou seja, não basta se deslocar e mudar de lugar, essa mudança deve ser benéfica para sua entidade ou agrupamento familiar, que pode, em caso de dificuldade, ajuda-lo temporariamente a permanecer em terras estrangeiras.

Mesmo compreendendo os eventos migratórios pelas perspectivas sociológicas e econômicas, e sua importância na formação das sociedades, a adaptação e assimilação de culturas e costumes, é com base no ideal cosmopolita que se robustece o direito de migrar pela construção de bases sólidas por uma justiça global, para que se conceba a verdadeira dignidade humana ao migrante, entregando-lhe plenamente seu direito de migrar no mundo.

No encaixo da verdadeira dignidade humana do imigrante e seu direito de se deslocar pelo mundo, é primordial o entendimento desse princípio desde suas origens até a atualidade, e pela formatação inicial de seu conceito encaminha-se para a existência concreta e material no aceite das diferenças e das minorias, bem

como a concepção de instrumentos capazes da proteção de direito aos migrantes pelo mundo.

Para que se evite a transformação do indivíduo em “um objeto”, uma “coisa inanimada”, que cabe ao Direito, com seu poder coercitivo e impositivo, realizar meios capazes de evitar o subjugo do ser humano por outro ser humano, pela ânsia de poder.

A palavra dignidade advém da expressão latina *dignitas*, tendo como significado a nobreza, o prestígio, ou seja, o respeito ao ser humano e sua condição essencial de existência no mundo, sem a exclusão de sua origem ou local de nascimento, seja nativo ou migrante.

No Egito antigo, de forma prematura a dignidade humana se apresentava o preceito de valor a ser respeitado, mesmo com existência dos escravos como povos vencidos em guerras e a divindade do faraó.

Destarte, na Antiguidade, os gregos antecederam os romanos e trouxeram ao mundo, através de suas práticas filosóficas, a evolução da dignidade humana como um pensamento de respeito ao ser humano, e também de tudo a seu redor, inicia-se assim uma premissa de igualdade.

Os gregos e seu ideal filosófico sobre o respeito a condição humana não conseguiram evitar o mal ao ser humano, devido à falta de um entendimento coletivo necessário de igualdade, cabendo aos romanos, com sua lei, impor à sociedade a dita lei como instrumento de proteção.

Ao nascer do poderio da religião cristã, mesmo que de maneira espiritual e, portanto, não concebida pela razão em si mesmo, que se definiu a pessoa a imagem de seu Deus, e este é respeitado e divino, então, o ser humano também deve ter uma proteção contra tudo e contra todos, que desconfigurem esta condição.

Somente entre os séculos XII e XIII, com a criação da Magna Carta, que se iniciou com algum elemento de efetividade um arcabouço normativo para proteção do ser humano contra os desmandos e devaneios do soberano, sendo plantado o embrião inicial da defesa da dignidade humana.

De forma perene e contínua, com seus avanços de acordo com cada época foi se permitindo o nascimento da liberdade, sendo esta uma das pedras de sustentação da dignidade humana, que também é essencial ao direito de migrar, pois, sem liberdade, não há deslocamento pelo mundo.

Nesse pensamento, com o *Habeas Corpus Act*, de 1679, evitaram-se as loucuras ilegais do monarca soberano contra a plebe, e foi criada a primeira defesa verdadeira e eficaz expressão jurídica do direito fundamental da liberdade.

Em 1776, com a Declaração de Independência Americana foram quebrados todos os grilhões do divino com o governante, especialmente as monarquias absolutistas, daí em diante o soberano só tem poder se o povo quiser, e assim o ser humano se torna mais livre para ditar seus destinos e, em consequência, deslocar-se livremente pelo globo.

Com o advento da Revolução Francesa, tornou-se possível a alavanca entre classes sociais, sob o manto da liberdade, igualdade e fraternidade irradiando pelo mundo o ideal do direito de poder melhorar sua condição econômica, seja em seu país ou migrando para outra nação.

Por outra visão, a liberdade transmitida pelo mundo como essência do direito humano pela Revolução Francesa permitiu, de forma lastimável, que o poder do capital imprimisse ao ser humano condições de trabalho degradantes, e, ainda mais potencializou a vulnerabilidade do migrante, que fica à margem e em segundo plano protetivo do Estado em que escolheu para migrar e trabalhar.

A humanidade deve ser valorada como algo precioso, inalienável, imexível, não é uma coisa, um objeto de dominação, e sim um elemento que precisa da verdadeira proteção jurídica, filosófica e social, sem existir a diferenciação entre o nacional e o migrante, pois todos são da espécie humana.

Assim, a dignidade humana tanto dentro das linhas de fronteira, quanto na seara internacional, com a internacionalização dos direitos humanos em meados do século XX pela criação da Organização das Nações Unidas (ONU) permitem a consolidação da proteção do direito de migrar, pois se constrói a essência da igualdade necessária para o migrante se movimentar pelo mundo, e, por consequência, diminuindo ou retirando as barreiras da soberania.

Após a apreensão da importância da dignidade humana para firmação do direito migratório, surgiu fortemente a necessidade de pesquisar sobre a Justiça Social, pois, sem ela não há direito concedido ao migrante, e, portanto, para o migrante o que seria essa Justiça Social?

O deslocado pelo mundo tem que ter uma ferramenta necessária capaz de concretizar a sua igualdade, bem como sua inclusão digna na sociedade estranha,

diferente e muitas vezes hostil, e é com o ideal de Justiça igualitária construída no seio das relações sociais dessa comunidade, que o direito de migrar se fortalece para todos.

A compreensão de que as instituições básicas da sociedade devem ser justas, como elementos primordiais para a igualdade, impulsiona a necessidade de reformas sociais, modificações ou até exclusão legal e jurídica de elemento prejudicial ao direito de migrar.

Ao se moldar um princípio de Justiça como mecanismo para efetivar a igualdade, busca-se entender as bases filosóficas do intucionismo e utilitarismo, que se opõem ao ideal de Justiça.

O intuicionismo mostrou-se fraco frente ao ideal de Justiça, já que tem como fundamento a existência de pluralidade de princípios de Justiça, gerando conflitos entre eles, ressaltando também que não há a distinção entre o palpite e a intuição humana. De outro giro, foi necessário fazer uma reflexão de que, na procura pela Justiça obriga-se minimamente a se utilizar dos princípios intuitivos, já que o ser humano, antes de tudo, baseia-se nos sentidos viventes.

Já o utilitarismo funda-se na maximização da felicidade geral como objetivo a ser alcançado, e seus atos, para este fim, são corretos e adequados, no entanto, a finalidade é beneficiar alguém, esse instituto seria um humanismo coletivo.

Na Teoria de Justiça de John Rawls⁷⁹³, apresenta-se o contrato hipotético como instrumento de condições ideais, no qual a liberdade e igualdade são respeitadas, o que contribui, em tese, para a aceitação da diferença (migrante), não havendo mais a diferenciação das pessoas.

A igualdade das partes, no entanto, não tem origem em uma igualdade moral, mas pelo fato de os indivíduos serem iguais quanto as suas capacidades físicas e suas vulnerabilidades, pois aceitar de forma hipotética esta situação recai nas concepções distorcidas pela moralidade.

A importância do contrato hipotético no enalço do ideal igualitário tem como finalidade verificar e corrigir eventuais erros de algumas instituições morais, mas, lamentavelmente, não considera a desigualdade na capacidade de negociação das

⁷⁹³ RAWLS, John. **Uma teoria da justiça**. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

partes, inferindo claramente na autonomia e rejeitando as diferenças de cada ser humano (migrantes).

De maneira simples, a hipótese contratual *rawlsiana* pauta-se em uma igualdade moral, que tem a força de impor a imparcialidade nas preferências e interesses de cada indivíduo, num mundo ideal, mas a liberdade, de outro lado é meramente formal, e não há uma igualdade, e sim uma desigualdade real.

Com a posição originária em Rawls, no seu contrato hipotético, tem-se o intuito de encontrar um ponto zero de igualdade, ou seja, o ponto inicial da construção de princípios de Justiça. No entanto, ao se aceitar a loteria da natureza como fator de concessão de capacidades, e de procura na melhoria de vida não traz um ideal efetivo de igualdade com os migrantes, que, nessa posição inicial já parte em patamar de desvantagem do nacional. Esses sujeitos, todavia, estão encobertos por um véu de ignorância, que os impede de conhecer qual é seu *status* social, e suas capacidades naturais, ou desconhecem suas concepções do bem ou suas propensões psicológicas.

O acesso à plenitude das capacidades individuais, somente existe se o Estado utilizar mecanismos capazes de igualizar esta situação, sendo o elemento principal trazido por Rawls. De outra forma, o entendimento de uma teoria de Justiça Social, como a *rawlsiana*, que se alicerça na loteria natural, não pode ser aceita pelo viés de igualdade, pois são desconsiderados elementos, como o capital, a vontade humana, que influenciam nas mazelas enfrentadas pela sociedade, com destaque para os imigrantes, que sofrem com a ausência desse direito básico.

A Teoria de Justiça de Rawls também exclui de suas concepções as minorias, como os deficientes mentais e físicos, que não podem influenciar na formação de ditames políticos e sociais de Justiça na sociedade, não efetivando a perfeita igualdade pretendida. Em termos parecidos, os migrantes também ficam às margens da formação de bases sociais de Justiça, pois são diferentes e excluídos, sendo o migrante fruto do resultado da loteria da natureza, ou seja, deve aceitar esta falsa igualdade.

De maneira contrária a Rawls, Robert Nozick⁷⁹⁴ defendia a existência do Estado mínimo como meio protetivo das pessoas contra o roubo, a fraude,

⁷⁹⁴ NOZICK, Robert. **Anarchy, state, and utopia**. Nova York, Basic Books, 1974.

legitimando o uso da força, para que se faça cumprir os contratos firmados entre os indivíduos, o que vai contra o Estado ativista rawlsiano, que condiz com o igualitário em sua Teoria de Justiça mesmo que de criação deficitária.

A Teoria de Justiça Liberal de Nozick define que o Estado diminuto resolverá o problema da desigualdade, a partir de um meio ideal, no qual as normas liberais, conservadoras, comunistas, socialistas possam conviver, contanto que saibam respeitar os direitos dos demais, e principalmente o direito a propriedade.

Nesse olhar, os migrantes, mais uma vez, não se igualizam aos nacionais, pois, ao se considerar a propriedade como elemento essencial a ser protegido, retroage-se à ideia de dominação do solo nacional e de seus valores pelo nativo, que não pode ser mitigado com o direito de migrar.

O liberalismo de Nozick e o igualitarismo de Rawls são separados pelo abismo no foco da definição de igualdade. Rawls demonstra um sistema institucional justo; e Nozick apresenta um sistema terrível, no qual as capacidades são definidas pela intenção de cada indivíduo, sob o manto de uma igualdade frágil.

Perseguiu-se, então, uma evolução da Teoria Rawlsiana com o objetivo de uma verdadeira igualdade de Justiça, e é em Ronald Dworkin⁷⁹⁵, que se apresentou uma nova concepção liberal igualitária apoiada em quatro fundamentos básicos. No primeiro, o liberalismo deve diferenciar a personalidade das circunstâncias, igualando as pessoas pelas circunstâncias, trazendo à tona seus gostos e ambições, e suas consequências em suas vidas.

O segundo alicerce define que a concepção igualitária não se pauta no bem-estar ou satisfação de cada um, e, assim, evita a medida subjetiva e o retrocesso na moral e a ideia de igualdade não se contamina com valores de moralidade. O terceiro fundamento de maneira lógica, igual a Rawls, Dworkin define que a Justiça no liberalismo igualitário é questão de recursos iguais, mas não com subjetividade e sim objetividade das partes sociais envolvidas.

⁷⁹⁵ DWORKIN, Ronald. Foundations of liberal equality. In PETERSON, Greth B. (org.) **The tanner lecture on human values**, v. 11, 1990. DWORKIN, Ronald. Equality, democracy, and constitution. **Alberta Law Review**, v. XXVUL n. 2. 1990. DWORKIN, Ronald. **The ethical basis of liberal equality**. Ethics and economics, Universidad de Siena, Itália, 1991.

Por fim, na última premissa, apresenta-se o entendimento de ética estatal ligada à neutralidade, sem proibir ou recompensar nenhuma ação privada com base em concepção de superioridade ou inferioridade às demais pessoas. Para Rawls, o correto é prioridade sobre o bom, e, assim, tem-se a neutralidade do Estado sobre as ações e ideais da excelência humana.

Em Dworkin, a delimitação da diferença entre os indivíduos está na ambição de cada um, como uma maneira mais fácil de justificar a desigualdade, sem impor ao Estado a obrigação de mitigá-la, trazendo ao individual a “responsabilidade” por suas escolhas.

Pelo exposto, cria-se, então, a figura hipotética do leilão, no qual as pessoas detêm um idêntico poder aquisitivo, e, por meio desse mecanismo, a sociedade põe à disposição do público todos seus recursos, desde os pessoais (habilidades físicas e mentais) e impessoais (terra, maquinários, utensílios), sendo colocados para arremate apenas os últimos.

Óbvio que o sistema de leilão não se traduz na realidade, e, igual a Rawls, fica no plano hipotética de sua Teoria de Justiça, servido apenas de procedimento e parâmetros. A principal problemática de colocar em prática esse leilão hipotético está na adequação ideal, do que seria vantagem ou desvantagem, recaindo na retórica do subjetivismo e da moral como fundamentos para conceituar esses importantes preceitos.

Em contraponto, as escolhas de bens primários e de seus recursos, tanto em Dworkin quanto em Rawls, torna-se realmente necessária a mudança do foco da análise do problema, ao se fixar na ideia de capacidade básica das pessoas e de seus desempenhos, conforme apresentado por Amartya Sen⁷⁹⁶, ou seja, a capacidade certa como forma de potencializar ao máximo os desempenhos humanos e seus desafios na sociedade.

Ao se conceituar o desempenho entende-se levar em consideração o seu resultado, suas formas diferentes e suas consequências na vida de cada pessoa, pois a complexidade de seus resultados é diversa, desde o direito de se alimentar até o direito à vida.

⁷⁹⁶ SEN, Amartya. **A ideia de justiça**. Tradução: Denise Bottmann e Ricardo Doninelli Mendes. São Paulo: Companhia das Letras, 2011.

Os impedimentos e as deficiências são problemas graves na perseguição de uma Justiça Social eficaz para o direito de migrar, seja pelo tratamento justo com as pessoas com impedimentos, que não conseguem ter direitos, e, em outro sentido, seria aumentar a responsabilidade de todos para com os outros menos afortunados, mas isto não ocorre e, assim, potencializa a desigualdade.

Isso pode ser alterado com o ideal de capacidade dada de maneira igual a todos em uma sociedade, possuindo como norte a dignidade humana, e também a ausência de distinção entre o nacional e o migrante. Esse ideal está umbilicalmente ligado a uma liberdade substantiva, ou seja, que efetivamente seja dada a oportunidade para que o indivíduo possa realizar o seu potencial, e, como meio, busque a finalidade de igualdade.

As capacidades como instrumento de busca da Justiça Social igualitária, entretanto, devem ser vistas como garantias fundamentais do Estado e da comunidade internacional para mitigar as desigualdades sociais enfrentadas pelos deslocados no mundo, implicando o mínimo existencial pleno, para que a sociedade possa ser considerada justa. Para tanto, é necessário que haja um verdadeiro contrato social mundial com a participação de todos os atores sociais para, com isso, obter a real igualdade pretendida, seja migrante ou não, mas capaz de produzir na sociedade em que se encontra uma justiça igualitária se faz altamente necessário.

Surge, assim, a compreensão da Justiça Global como forma de construir instrumentos capazes de distribuir, de forma mais igualitária, os bens primários, como na posição originária de Rawls, e, acima de tudo, apresentar ao mundo as desigualdades sociais profundas como meio de consolidar o direito de migrar. Isso resultaria na melhoria da qualidade de vida no mundo, diminuindo a saída de migrantes de seus países de origem na medida em que o desenvolvimento econômico se estabelece, a saída seria agora em relação ao sucesso na vida do que questão de sobrevivência.

Com a atuação da Justiça Global, para além das fronteiras, na seara internacional, ao invés de existir somente a Justiça Social dentro das nações, aliada ao abandono da visão pragmática de contenção dos deslocamentos migratórios pelo mundo servindo como maneira adequada de revelar os problemas econômicos, sociais, políticos que afetam todos os lugares no globo, para impor uma obrigação

moral mundial, resultando na construção do modelo econômico mais igualitário capaz de simplesmente propiciar a todos sua condição humana de maneira igualitária a todos sem distinção.

Pelos arcaibouços jurídicos, filosóficos e de Justiça igualitária global, além da dignidade humana, pode-se ir à frente do direito à visita e à hospitalidade em Kant, para uma cidadania universal como forma de conceder o real direito de migrar.

De maneira inicial Kant apresentou o direito de visita como uma outorga do país receptor em receber o estrangeiro, desde que este não atente contra os nacionais e sua segurança. No entanto, o direito a uma hospitalidade é precário, pois não permite ao migrante a sua fixação no novo território.

Fala-se aqui em direitos que são frutos, inicialmente, de relações comerciais, não envolvendo a questão humanitária, como em situações de refúgio ou asilo, apesar de se usar a razão em contrapartida dos elementos sensíveis aos seres humanos

A problemática da possessão kantiana comum das terras por todos atravessa as premissas de esfericidade global, ou seja, como a terra é um globo, e não um plano reto é inevitável o contato entre os homens, sendo um direito comum e cosmopolita da superfície da terra, coma inevitável comunicabilidade entre os seres humanos.

Esta argumentação para um direito à hospitalidade e a visita não implica a obrigação de tratar os estrangeiros com dignidade, porque a Terra é redonda e “de todos”, mas sim com a quebra deste paradigma ao se compreender a esfericidade do mundo como circunstância de Justiça, pois todos são iguais, mortais, que sofrem igualmente, e, com isso, se produzem as condições necessárias ao entendimento de uma Justiça Global para além da liberdade externa de Kant.

O ideal do direito uma cidadania universal é discutida inicialmente no ideal federativo kantiano, que não esperava a existência da globalização e das restrições do direito migratório devido à força do poder econômico, e que para que exista tal direito, o pensamento cosmopolítico aliado à democracia permitem que políticas públicas sejam capazes de integrar cada nação a um cosmos, com a aplicação real das cosmopolíticas.

Nesse diapasão, o direito cosmopolítico traz ao campo internacional os direitos humanos, dentre eles o direito a migrar, tendo como sustentáculo a

cidadania universal, que perpassa pela ideia de perfeição humana em todo canto do globo, como única forma de vida detentora da razão que deve ser a base de todas as disposições naturais permitidas.

Essa perfeição apresenta-se como alicerce antropológico da possibilidade de uma cidadania mundial, já que o ser humano não é devedor de seu ser, ou de seus direitos em uma sociedade, na qual confina o indivíduo, para que este seja submisso às regras previamente determinadas de um isolamento desnecessário ao crescimento da humanidade, pois, ser cidadão do mundo e ser cidadão da civilização é a mesma coisa, componente essencial para a construção do mundo.

Apesar da possibilidade real da existência de uma cidadania universal, os Estados nacionais ainda estão amarrados em um ideal de soberania limitadora do direito de migrar, gerando conflitos entre o nacional e o migrante, e como consequência criminalizando a migração “irregular”, mesmo com os tribunais internacionais de direitos humanos proibindo esta prática em suas decisões, o que confirma a premissa da não resposta estatal de demandas transnacionais.

Com isso à frente, cada vez mais os Estados cosmopolitas devem fazer um grande esforço na busca de reduzir as tensões, aproximando os migrantes aos nacionais, e o cosmopolitismo jurídico como um conjunto de valores e práticas suscetíveis de serem aplicadas por todas as instituições políticas, por meio de normas progressistas permite-se chegar a igual dignidade de todos.

No enalço de propiciar a pesquisa uma delimitação do direito de migrar, após a solidificação de suas bases filosóficas e sociológicas, que se procurou compreender a lesão de maior monta desse direito junto aos asilados, apátridas e refugiados.

Em termos gerais, a migração nada mais é do que o movimento de saída de seu país de origem para outra nação, mas acaso este deslocamento seja a motivado devido à perseguição por opinião política tem-se o asilo político, já pelo ferimento de direitos humanos, ou condição de raça, etnia ou religião e opção sexual, se tem o refúgio, e por fim sendo-lhe negado o direito a uma nacionalidade e a procura em outra nação de proteção estatal se conclui pela apatridia.

Com a criação desse Sistema Internacional de Proteção dos Direitos Humanos pela ONU, passa a se irradiar a defesa desses direitos fundamentais pelas

regiões do mundo, especialmente a Europa, as Américas e, por último, a África, que criaram suas convenções regionais de direitos humanos.

O refugio dentro da seara da ONU está regulado com o Estatuto do Refugiado de 1951, e seu Protocolo de 1967, no que tange a apatridia e os mecanismos para sua erradicação tem-se o Estatuto do Apátridas de 1954, a Convenção para Erradicar a apatridia de 1997, e o ACNUR, como órgão do sistema das nações unidas para materializar a proteção dos direitos humanos destes tipos especiais de migrantes.

Dentro dos sistemas regionais como o europeu, interamericano e africano, as proteções dos migrantes asilados, refugiados e asilados foram sendo incorporados ao longo dos anos estes direitos migratórios, com regras próprias, ou apenas a aceitação da regulamentação internacional já existe.

De pronto há de se realçar, que na Europa e África, o asilo nada mais é do que gênero, como obrigação de todo país de conceder sua proteção contra a perseguição por opinião política, e refúgio uma espécie que se concebe pelo ferimento de direitos humanos em geral.

Na América Latina em especial, o asilo tomou um contorno diferenciado do refúgio, e assim se caracteriza por uma prática da defesa da pessoa por perseguição ou cometimento de crime político, e que merece guarida pelas nações signatária na Convenção Americana de Direitos Humanos, e o refúgio é cabível contra o ferimento de direitos humanos em geral, menos motivado pelo ideal político.

No Brasil temos a Lei nº 13445/2017, que é uma das mais avançadas legislações do mundo em sede de direito migratório, pois igualiza os direitos dos asilados, refugiados e apátridas, além de conceder todas essas pessoas os direitos garantidos no art. 5 da Constituição Federal de 1988, inclusive facilitando e muito o processo de naturalização como política pública de redução da apatridia, e principalmente a descriminalização do ato migratório em si, ou seja, migrar não é mais crime se não possui os documentos necessários para entrar no país, mas quem promove ou ganha vantagem ainda comete delito penal.

A primeira regionalização dos direitos humanos foi com a CEDH, que permitiu a união daquele continente na proteção de direitos, e com a criação da COEDH com objetivo basilar de adequar o direito interno de cada nação signatária, com as normativas de proteção dos direitos humanos.

Nesta prática que surge a possibilidade ou não da margem nacional de apreciação, como instrumento capaz de harmonizar, adequar e equilibrar, o direito migratório dos apátridas, refugiados, e asilados como direito nacional de cada Estado e em cada região do mundo.

A MNA como mecanismo jurídico não é uma inovação atual, remonta aos anos 1950 com a primeira utilização na Alemanha e depois no Direito Administrativo francês. Ao se conceituar esse instituto jurídico, procura-se perceber que nada mais é do que a latitude permitida a cada nação signatária de convenções de proteção de direitos humanos tem para julgar, legislar e processar determinada tutela jurídica inclusa nestes Tratados Internacionais, sem que exista ferimento ou mitigação de sua esfera protetiva internacional.

Há de se ressaltar que o mundo sempre teve uma pluralidade cultural imensa, e que a tentativa de impor um modelo ocidental de defesa de direitos humanos, sem a possibilidade de adequação com as idiossincrasias locais de cada Estado-membro de uma Convenção protetiva de direitos fundamentais mostrou-se inócua.

O Sistema de Proteção de Direitos Humanos da Europa passou a utilizar a Margem Nacional, em sua virtude como elemento harmonizador desta pluralidade cultural, em adequar o peculiar a um mínimo universal dos direitos fundamentais, no entanto, também usou a MNA em seu defeito, de forma inadequada e banal para qualquer direito o que, ao invés de ajudar, fragiliza a proteção destes direitos essenciais a dignidade humana.

Como resultado da ausência de regulamentação e delimitação de seu uso, e na intenção da Corte Europeia de não conflitar com as nações signatárias, que seu manejo se tornou impróprio, para temas que não lhe cabia. Com isso, a Margem de Apreciação deve ser utilizada de forma restrita em direitos essenciais a proteção da humanidade, como direito a vida, a liberdade e o direito migratório, e mais amplo em direitos inerentes as peculiaridades de cada Estado nacional.

Há de se destacar que com o Protocolo 15 de 2021 delimitou-se claramente aquilo que estava indireto, que era a permissibilidade do uso da margem de apreciação, e do princípio da subsidiariedade, além de apresentar a Corte da Europa como um último grau de jurisdição em sede de ferimentos de direitos humanos, como o direito de migrar.

Ao se realizar pesquisa na jurisprudência da Corte Europeia de Direitos Humanos sobre asilados, refugiados e apátridas não foram encontrados casos de utilização do instrumento harmonizador acima de forma direta e incisiva para a regulamentação ou ofensas a esses direitos.

O fato do refúgio e do asilo serem aplicados na Europa como o mesmo direito migratório sem a diferenciação como na América Latina se comprova com o caso de refúgio do senhor J. K. , sua esposa e filho, todos cidadãos iraquianos, que fugiram de seu país devido ao fato de terem trabalhado para o governo americano, e após a saída dos Estados Unidos do Iraque foram perseguidos e ameaçados de morte, inclusive com atentados a parentes, e a perda fatal de uma filha menor de idade, e mesmo assim foi negado o direito ao refúgio por parte da Suécia, e então, tiveram que processar este Estado junto a COEDH, para evitar a deportação ilegal de todos, com receio da perda de suas vidas.

Pela apatridia no continente europeu tem-se o caso de direito a nacionalidade pela sucessão de Estados, em especial depois da queda da URSS, e a independência da Eslovênia, que tem como autores Mustafa Kurić e outros sete, todos cidadãos da antiga República Federal da Iugoslávia, que depois da extinção deste país em 1991, tiveram a perda de sua nacionalidade eslovena devido a uma confusão jurídica de leis nacionais, que gerou situação de apatridia a todos.

Estes casos chaves em relação ao refúgio, asilo e apatridia mostram a não utilização da MNA em nenhum momento, apenas o conforto e desrespeito de normas internacionais com as nacionais, mas sem fundamentação jurídica deste citado instituto.

Em termos de utilização da MNA em sede de direito de migrar de forma mais concreta pela Corte Europeia de Direitos Humanos, tem-se no caso nº 22689/07 e como partes o Sr. Luan de Souza Ribeiro⁷⁹⁷, um cidadão brasileiro, contra a República da França, depois de sua expulsão de forma sumária em menos de 24

⁷⁹⁷ EUROPEAN DATABASE OF ASYLUM LAW (EDAL). ECtHR - De Souza Ribeiro v France [GC], **Requerimento nº 22689/07**. País do requerente: Brasil. Data da decisão: 13/12/2012. Nome do tribunal: Grande Câmara do TEDH. O caso diz respeito à remoção de cidadão brasileiro residente na Guiana Francesa (department-région ultramarino francês) e sua impossibilidade de impugnar a medida antes de sua aplicação. Disponível em: <https://www.asylumlawdatabase.eu/en/content/ecthr-de-souza-ribeiro-v-france-gc-application-no-2268907>. Acesso em: 24 jan. 2023.

horas após sua detenção por ausência de documentos de residência na Guiana Francesa, apesar de residir há mais de dez anos com seus pais e irmãos, que nasceram lá.

O autor alegou que a República da França descumpriu totalmente os art. 8 e 13 da Convenção Europeia de Direitos Humanos, pela violação a seu direito de domicílio na Guiana Francesa com seus pais e irmãos, já que se encontrava desde 1995, e por terem restringido o direito ao recurso efetivo, visto que, de maneira estranhamente rápida foi indiciado, processado e julgado sua expulsão em menos de um dia, como consta nos autos.

A demandada em sua defesa afirmou que a Guiana Francesa possui um regime diferenciado em sede de direito migratório, devido ao grande número de migrações ilegais, e de problemas geográficos permitindo que a França usasse sua margem de apreciação sobre o art. 13 da CEDH, para adequá-la à realidade emergencial de seu território.

A Corte Europeia de Direitos Humanos, em sua decisão de 2012 considerou ser inaceitável que o Estado Francês alegue certa margem de apreciação em relação ao direito a um devido processo legal e recursos efetivos, contra uma expulsão arbitrária da Guiana Francesa.

Por fim, a COEDH condenou a França pelo descumprimento dos artigos 8 e 13 da Convenção Europeia de Direitos Humanos, visto que influenciou diretamente o direito migratório do autor, com sua expulsão indevida do território francês, pois lhe retirou do convívio familiar, lhe cerceou o pedido de residência definitivo e depois de naturalização, com base na impossibilidade de uso indevido da Margem Nacional de Apreciação.

O Sistema Europeu de Proteção dos Direitos Humanos encontra-se em estágio mais avançado com relação ao pluralismo jurídico de seu continente, e o seu ordenamento na procura no mínimo universal da salvaguarda dos direitos fundamentais definidos na CEDH com a aplicação da MNA.

Em sede de direito migratório apresenta-se de forma mais direta do que transversal, como no caso relatado em que o direito à residência e ao recurso judicial efetivo influencia a dimensão jurídica protetiva do direito de migrar no país receptor do migrante, castrando totalmente sua dignidade humana, sendo tratado como mercadoria a ser devolvida ao remetente, no caso o Brasil.

Com o Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos de igual forma como o Europeu inicialmente, não há uma determinação direta na sua Convenção de regras de uso da margem de apreciação. Nessa perspectiva é difícil de afirmar a sua primeira utilização pela Corte Interamericana, como foi, ao contrário, na Corte Europeia de Direitos Humanos.

Na busca por casos nas Américas, em que os direitos dos migrantes asilados, refugiados e apátridas utilizassem do instrumento da margem, infelizmente não foram encontradas situações de sua utilização.

No caso Pacheco e Tineo e contra o Estado Plurinacional da Bolívia registrado como caso nº 12.474 – série C nº 272, são marido e esposa que foram presos e processados devido a ditadura de Alberto Fujimori no Peru, nos anos 90 sob alegação do crime de terrorismo, sendo absolvidos em 1995, e com medo de novas perseguições mudaram-se para Bolívia, com suas filhas.

No ano de 1998 o casal e filhas se mudaram para o Chile recebendo o status de refugiados e sua proteção jurídica adequada. No ano de 2001 todos regressam ao Peru e são surpreendidos com o mandado de prisão do processo que haviam sido absolvidos.

Com medo de prisão arbitrária todos regressam a Bolívia e não ao Chile, e se apresenta ao governo boliviano, que detém a esposa a Sra. Tineo, pois não consideraram a condição de refugiado do casal, pois saíram voluntariamente do Chile, e procuraram a Corte Interamericana, que condenou a Bolívia por não cumprir com o Estatuto dos Refugiados de forma correta, mas sem menção a MNA.

Pela apatridia no Sistema Interamericano tem-se o caso emblemático das crianças Yean e Bosico que por serem filhos de pais haitianos sem documentos migratórios e mães dominicanas, apesar de nascerem na República Dominicana, não foram concedidas a elas a nacionalidade de seu local de nascimento, impedindo o direito a educação, saúde e demais garantias, se tornando apátridas, e novamente não houve o uso da margem nacional de apreciação.

Pela Opinião Consultiva nº 4/84⁷⁹⁸, no entanto, deu-se início a prática do manejo da margem de apreciação, na qual a Corte Interamericana foi instada a interpretar a compatibilidade da Convenção Americana de Direitos Humanos, sobre as garantias de igualdade e não discriminação com o projeto de reforma da Constituição Política da Costa Rica, na qual se estipulavam condições de se obter a nacionalidade costarricense por naturalização a favor a certos grupos de estrangeiros em detrimento a outros grupos e pessoas.

A Corte decidiu em poucos argumentos, que cada nação signatária goza de uma margem de apreciação para estabelecer condições de naturalização de estrangeiros, tendo em conta o bem comum, podendo realizar uma diferenciação de tratamento a certos grupos.

Com relação à largura na permissibilidade do uso da margem nacional no sistema interamericano ficou claro que, quando há referência a direitos políticos e civis tem-se o manejo restrito, e quando são direitos econômicos, sociais e culturais sua utilização é mais ampliada pelos Estados membros.

O contexto de ditaduras no continente americano, que realizaram retrocesso democrático justifica claramente o receio da perda de direitos tão sofridos para sua reconquista, que este mecanismo em sede de direitos políticos e civis tem seu uso limitado pelas nações signatárias, se encaixando nestes o direito de migrar.

As decisões da Corte Interamericana de Direitos Humanos (CIDH) apresentam de maneira transversal a análise em seus julgados de direitos indiretos ao migratório como à vida, à intimidade, à liberdade e à saúde, mas, infelizmente, não se assenta de forma direta e frontal ao direito de migrar.

Apesar disso o Sistema Interamericano de Proteção de Direitos Humanos já possui os pilares necessários para a concessão do direito de migrar dos asilados, apátridas e refugiados, através da CIDH, para tanto, basta considera-los como um direito humano, civil e político, para que se torne eficaz a permanência do migrante em outra nação, sem as amarras proibitivas da soberania e com base também nos

⁷⁹⁸ CORRÊA, Paloma Moraes. Corte Interamericana de Direitos Humanos - Opinião Consultiva 4/84 – A Margem de Apreciação Chega à América. **Revista de Direito Internacional**. Uniceub. Brasília, v.10. n. 12. 2013; pp .262-279.

fundamentos cosmopolíticos e jurídicos, através do louvável instituto da margem nacional de apreciação.

Por último, mas não menos importante, tem-se o Sistema Africano de Direitos Humanos e dos Povos, e seu Tribunal Africano de Direitos Humanos e dos Povos, que fora criado em meio a um processo de descolonização necessário a extirpar a dominação dos países imperialistas neste continente.

Como também ao incluir uma imensa comunidade fundada em conceitos e princípios oriundos de comunidades tradicionais, povos originários, que não foram esquecidos na Carta Africana de Direitos Humanos.

Pelo fato de ser o mais novel sistema protetivo regional de direitos humanos, o sistema africano em sua Convenção evoluiu em relação aos outros regionais, pois traz o direito de migrar dentro de seu contexto normativo.

A apatridia, no entanto, se apresentou em um caso de alta repercussão. A situação de apátrida, que foi julgado pela Corte Africana de Direitos Humanos e dos Povos no ano 2018, teve como autor o Sr. Anudo Ochieng contra a República Unida da Tanzânia, que ao iniciar os procedimentos para se casar, teve seu passaporte tanzaniano retido e acusado indevidamente de não ter direito a esta nacionalidade, pois os documentos apresentados eram falsos, bem como ele era cidadão do Quênia.

Foi expulso sumariamente para o Quênia que o devolveu para Tânzania, sendo espancado quase até a morte, e pela recusa dos dois países teve que viver por mais de um ano na chamada “terra de ninguém”, uma pequena faixa de terra na fronteira entre os dois países, pois era considerado um apátrida.

A Tânzania foi condenada por não cumprir o Estatuto do refugiado de 1951, mesmo o continente africano não tendo o regulamento próprio, mas que pela Carta Africana de Direitos Humanos não permite a discriminação de sua condição ou muito menos a retirada da nacionalidade de forma abusiva, ilegal e sem o devido processo legal.

Pelo direito migratório de refúgio e asilo, não foram encontradas jurisprudências no repositório da Corte Africana de Direitos Humanos e dos Povos.

Com toda esta forma plural de sociedade na África, atualmente, o artefato jurídico da MNA está sendo usado pelo Tribunal Africano de Direitos Humanos e dos Povos, em suas decisões, como meio de equalizar tutelas mais caras e urgentes a

sua realidade, como o direito à vida, combate ao genocídio religioso e a tortura, contra a discriminação das mulheres, dentre outros, para tentar a proteção mínima desses direitos junto aos Estados-membros.

O grande desafio do Sistema Africano de Proteção de Direitos Humanos e dos Povos é imenso, pois, diferente dos outros regionais, tem que, ao mesmo tempo, consolidar o direito humano mínimo universal com as tradições de seus povos originários, sem, contudo, deixar de avançar futuramente para o direito de migrar.

Depois de toda a pesquisa realizada, com os fundamentos, doutrinas importantes e dados compilados e construídos, como então concretizar de forma plena e eficaz o direito de migrar com o uso restrito da MNA, mesmo existindo seus defeitos e virtudes, através dos tribunais internacionais de direitos humanos com a harmonização da norma interna e internacional, a fim de propiciar as políticas nacionais dos Estados para igualizar o migrante e o nacional?

Comprovou-se não existir a plena proteção do direito migratório, em especial aos apátridas, asilados e refugiados, sendo necessária a utilização da MNA como mecanismo adequado para harmonizar o direito interno de cada nação signatária, com os tratados internacionais de defesa de direitos humanos, desde que se aplique este instrumento de forma restrita, com base nas jurisprudências das Cortes Internacionais de Direitos Humanos, tendo como base uma hermenêutica alicerçada no direito cosmopolítico, na Justiça Social e Global, na dignidade humana, na soberania estatal solidária e no direito a uma cidadania universal, tornando o direito de migrar eficaz, pleno e acima de tudo real.

REFERÊNCIAS

ABRAMOVICH, Víctor; COURTIS, Cristhian. Apuntes sobre la exigibilidad judicial de los derechos sociales. **Jura Gentium, Rivista di filosofia del diritto internazionale e della politica globale** [S. l.] 2005. Disponível em: <http://www.juragentium.org/topics/latina/es/courtis.htm>. Acesso 05 de Jun. de 2020.

AGAMBEN, Giorgio. Al di là dei diritti dell'uomo. *In*: AGAMBEN, Giorgio. **Mezzi senza fine**: notte sulla politica. Torino: Bollati Boringhieri, 1998, p. 20-29.

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

ALFONSIN, Marcelo. **La doctrina del margen de apreciación nacional**. Su recepción en el Sistema Europeo de Derechos Humanos, en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos y en Argentina, en relación con los derechos económicos, sociales y culturales. **Lex: Revista de la Facultad de Derecho y Ciencia Política de la Universidad Alas Peruanas**, ISSN-e 2313-1861, ISSN 1991-1734, v. 15, n. 19, pp. 51-76, 2017, Disponível em: <https://www.researchgate.net/publication/317561981>. Acesso em: 17 out. 2020.

ALTO COMISSARIADO DAS NAÇÕES UNIDAS PARA REFUGIADOS. **Convenção europeia sobre a nacionalidade**. Genebra, 28 de julho de 1951 Disponível em: https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/portugues/BDL/Convencao_Europeia_sobre_a_Nacionalidade.pdf?view=1#:~:text=A%20presente%20Conven%C3%A7%C3%A3o%20estabelece%20as,Estados%20Partes%20se%20dever%C3%A3o%20reger. Acesso em: 21 dez. 2022.

ALTO COMISSARIADO DAS NAÇÕES UNIDAS PARA REFUGIADOS. **Convenção de Prevenção da Apatridia em Relação à Sucessão de Estados**. Aprovada em Nova Iorque, em 28 de setembro de 1954. Entrada em vigor: 6 de Junho de 1960, em conformidade com o artigo 39.º Disponível em: https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/portugues/BDL/Convencao_Europeia_sobre_a_Nacionalidade.pdf?view=1#:~:text=A%20presente%20Conven%C3%A7%C3%A3o%20estabelece%20as,Estados%20Partes%20se%20dever%C3%A3o%20reger. Acesso em: 21 de dez. 2022.

ALTO COMISSARIADO DAS NAÇÕES UNIDAS PARA OS REFUGIADOS. Delegação Regional da América Central e Panamá. Colóquio Internacional em Comemoração do Décimo Aniversário da Declaração de Cartagena sobre Refugiados. S. José, 5-7 de dezembro de 1994. Disponível em: http://www.cidadevirtual.pt/acnur/acn_lisboa/sanjose.html#:~:text=Encorajar%20os%20Governo%20a%20que,seus%20locais%20de%20origem%3A%20tendo. Acesso em: 26 jan. 2023.

ALTO COMISSARIADO DAS NAÇÕES UNIDAS PARA REFUGIADOS. **Proteção de refugiados**: Um guia para o direito internacional dos refugiados. Genebra: Gabinete do Alto Comissariado das Nações Unidas para os Refugiados, 2001. Disponível em: <https://www.acnur.org/portugues/wp-content/uploads/2018/02/O-Direito->

Internacional-dos-Refugiados-e-sua-Aplica%C3%A7%C3%A3o-no-Ordenamento-Jur%C3%ADdico-Brasileiro.pdf. Acesso em 12 de jan. 2022

ALTO COMISSARIADO DAS NAÇÕES UNIDAS PARA REFUGIADOS. **Manual de procedimentos e critérios para a determinação da condição de refugiados.** De acordo com a convenção de 1951 e o protocolo de 1967 relativos ao estatuto dos refugiados. [S. l.], 26 de junho de 2002. Disponível em: https://www.acnur.org/portugues/wp-content/uploads/2018/02/Manual_de_procedimentos_e_crit%C3%A9rios_para_a_determina%C3%A7%C3%A3o_da_condi%C3%A7%C3%A3o_de_refugiado.pdf. Acesso em: 21 dez. 2022.

ALTO COMISSARIADO DAS NAÇÕES UNIDAS PARA REFUGIADOS. **Uma introdução à proteção internacional:** protegendo pessoas de preocupação do ACNUR. Genebra: Gabinete do Alto Comissariado das Nações Unidas para Refugiados, 2005.

ALTO COMISSARIADO DAS NAÇÕES UNIDAS PARA REFUGIADOS. **Plano de Ação Global para Erradicar a Apatridia (2014-2024).** Novembro de 2014. Disponível em: https://www.acnur.org/portugues/wp-content/uploads/2018/02/Manual_de_prote%C3%A7%C3%A3o_aos_ap%C3%A1tridas.pdf. Acesso em: 21 dez. 2022.

ALTO COMISSARIADO DAS NAÇÕES UNIDAS PARA REFUGIADOS. **O que é a apatridia?** [S. l.], 2016. Disponível em: <http://www.acnur.org/portugues/quem-ajudamos/apatridas/o-que-e-a-apatridia/>. Acesso em: 27 maio 2017.

ALTO COMISSARIADO DAS NAÇÕES UNIDAS PARA REFUGIADOS. **Convenção de Prevenção da Apatridia em Relação à Sucessão de Estados.** Aprovada em Nova York, em 30 de agosto de 1961. Entrada em vigor: 13 de dezembro de 1975, em conformidade com o Artigo 18 Texto: Documento das Nações Unidas A/CONF.9/15, 1961. Disponível em: https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/portugues/BDL/Convencao_para_a_Reduc%C3%A3o_dos_Casos_de_Apatridia_de_1961.pdf. Acesso em 13 jan. 2023.

ALTO COMISSARIADO DAS NAÇÕES UNIDAS PARA REFUGIADOS. **Dados de apatridia.** 2016. Disponível em: <https://data.unhcr.org/en/documents/details/53819>. Acesso em 10 jan. 2023.

ALVES, Cleber Francisco. **O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana:** o enfoque da doutrina social da Igreja. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

ANNONI, Dannielle ; VALDES, Lysian Carolina. **O direito internacional dos refugiados e o Brasil.** Curitiba: Juruá. 2013.

APPADURAI, Arjun. **Dimensões culturais da globalização.** Lisboa: Teorema, 2004.

APPIAH, Kwame Anthony. Patriotas cosmopolitas. *In*: NUSSBAUM, Martha (org.). **Los limites del patriotismo**: Identidad, pertenencia y ciudadanía mundial. Barcelona: Paidós, 2013.

ARANGO, Joaquín. Las “leyes de las migraciones” de E. G. Ravenstein, cien años después. **Revista Española de Investigaciones Sociológicas**. Barcelona. n. 32, pp. 7-26, 1985.

ARANTES, Altino. Introdução. *In*: **Cícero**. Dos deveres. São Paulo: Martin Claret, 2002.

ARCHIBUGI, Daniele; HELD, David; KOHLER, Martin. **Re-imaginando a comunidade política**: estudos sobre a democracia cosmopolita. Londres: Polity Press. 1998.

ARCHIBUGI, Daniele. Principles of Cosmopolitan Democracy. *In*: ARCHIBUGI, Daniele; HELD, David & KOHLER, Martin. **A condição humana**. R, Martin. (ed.). Re-imagining political community. Califórnia: Stanford University Press, 1998. pp. 198-128. *Google Books*. Disponível em: <<http://www.danielearchibugi.org/downloads/papers/Principles.PDF>>. Acesso em: 12 ago. 2022.

ARCHIBUGI, Daniele; HELD, David. Cosmopolitan Democracy: Paths and Agents. **Bottom-Up Politics**. Palgrave Macmillan, a division of Macmillan Publishers Limited 2011. Disponível em: https://link.springer.com/chapter/10.1057/9780230357075_2. Acesso em: 24 jan. 2023.

ARÉCHAGA, Jiménez. **Derecho internacional público**. T.II. Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria, 1995.

ARENDT, Hannah. **A condição humana**. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2005.

ARENDT, Hannah. **Origens do totalitarismo**: antisemitismo, imperialismo, totalitarismo. São Paulo: Companhia das Letras, 2005.

ASSEMBLEIA GERAL DAS NAÇÕES UNIDAS. **Refugiados e Pessoas Deslocadas** (Constituição da Organização Internacional para Refugiados). Adotada em 28 de julho de 1951 pela Conferência das Nações Unidas de Plenipotenciários sobre o Estatuto dos Refugiados e Apátridas, convocada pela Resolução n. 429 (V) da Assembleia Geral das Nações Unidas, de 14 de dezembro de 1950. Entrou em vigor em 22 de abril de 1954. [S. l.], 1951. Disponível em: <http://www.unhcr.org/refworld/docid/3b00f1963c.html>. Acesso em: 14 jan. 2022.

AZAMBUJA, Darcy. **Teoria geral do estado**. 27. ed. Rio de Janeiro: Globo, 1988.

BAKIRCIOGLU, Onder. The application of the margin of appreciation doctrine in freedom of expression and public morality cases. **German Law Journal**. Cambridge, v. 8, n. 7, p. 711-734, 2007.

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. **Direito processual constitucional**. Belo Horizonte: Fórum, 2006.

BARBÉ, Esther. **Relaciones internacionales**. 2. ed. Madrid: Editorial Tecnos, 2003.

BARBOSA, Luciano Pestana; HORA, José Roberto Sagrado da. **A polícia federal e a proteção internacional dos refugiados**. Brasília: ACNUR, 2007.

BARRETO, Vicente de Paulo. **O fetiche dos direitos humanos e outros temas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

BARROS, Alberto Ribeiro. **A teoria da soberania de Jean Bodin**. São Paulo: Unimarco, 2001.

BARROSO, Luís Roberto. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

BAUMAN, Zygmunt. **Modernidade líquida**. Tradução Plínio Dentzien. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001.

BECK, Ulrich. **Sociedade de risco**. Rumo a uma outra modernidade. Tradução Sebastião Nascimento. 2. ed. São Paulo: 34, 2011.

BEITZ, Charles. **Teoria política e relações internacionais**. Princeton: Princeton University Press, 1979.

BENVENISTI, Eyal. Margin of appreciation, consensus, and universal standards. *International New York University journal International Law and Politics*. Nova York. v. 31 n. 4 p. 843-854, 1999.

BENHABIB, Seyla. **The right of others: aliens, residents and citizens**. Cambridge: Cambridge University Press, 2004.

BENHABIB, Seyla. Cosmopolitanism and democracy: affinities and tensions. **The Hedgehog Review**, Yale University. New Haven, Connecticut.(USA), v. 11, n. 3, pp. 30+, 2009. Disponível em: <gale.com/apps/doc/A214206456/AONE?u=anon~10ca9dd4&sid=googleScholar&id=bd2ccbb3>. Acesso em: 11 set. 2020.

BERMAN, Paul Schiff. Global legal pluralism, **Southern California Review**, v. 80, Princeton Law and Public. Affairs Working Paper n. 08-001, 2007.

BICHARA, Jahyr-Philippe. **O tratamento do apátrida na nova lei de migração: entre avanços e retrocessos**. Uniceub, Brasília, v. 14, n. 2, 2017. Disponível em: <<https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/rdi/article/view/4619>>. Acesso em: 10 jan. 2021.

BINDER, Christina. Diversity and political rights in the jurisprudence of the European court of human rights. *In*: BOGDANDY, Armin Von (Org.); PIOVESAN, Flávia (Org.); ANTONIAZZI, Mariela Morales (Org.), **Estudos avançados de direitos humanos:**

Democracia e integração jurídica: emergência de um novo direito público. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013. p. 507-520.

BINDI, Federiga. **Il futuro dell' Europa**: Storia funzionamento e retroscena dell' Unione Europea. Milão: Franco Angeli, 2005.

BLANEY, David L.; INAYATULLAH, Naeem. The westphalian deferral. **International Studies Review**, Oxford: Oxford University Press (Inglaterra), v.2, n. 2, 2000.

BOBBIO, Norberto. **Thomas Hobbes**. Rio de Janeiro: Campus, 1991.

BODIN, Jean. **Los seis libros de la república Jean Bodin**. Madrid: Tecnos, 1997.

BORRIELLO, Romina; GERLI, Simoneta; SCARPATI, Brisa. **Diritto delle Comunità Europee**. Le istituzioni e le politiche dell'Unione Europea. Napoli: Edizioni Giuridiche Simone, 2001.

BRANCO, Paulo Gustavo; MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de direito constitucional**. São Paulo, Brasil: Saraiva. 2015.

BRASIL. Lei nº 6.815 / 1980. Estatuto do Estrangeiro. Lei do Estrangeiro; Lei dos Estrangeiros. Define a situação jurídica do estrangeiro no Brasil, cria o Conselho Nacional de Imigração, e dá outras providências. **Diário Oficial da União** - Seção 1 - 21/8/1980, Página 16533. Brasília, DF, 1980.

BRASIL. Lei nº 9.474 de 22 de junho de 1997. Define mecanismos para a implementação do Estatuto dos Refugiados de 1951, e determina outras providências. **Diário Oficial da União**. Seção 1 - 23/7/1997, Página 15822. Brasília, DF, 1997.

BRASIL [Constituição (1988)] Emenda Constitucional 54/2007. Emenda dos Apátridas. Dá nova redação à alínea c do inciso I do art. 12 da Constituição Federal e acrescenta art. 95 ao Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, assegurando o registro nos consulados de brasileiros nascidos no estrangeiro. **Diário Oficial da União** Seção 1 - 21/9/2007, Página 2. Brasília, DF, 2007.

BRASIL. Lei nº 13.445, de 24 de maio de 2017. Lei da Migração. Institui a Lei de Migração. **Diário Oficial da União** - Seção 1 - 25/5/2017, p. 1. Brasília, DF, 2017.

BRASIL. Ministério da Justiça; Ministério Extraordinário da Segurança Pública. Portaria Interministerial MJ/MESP nº 5/2018. Dispõe sobre o procedimento de reconhecimento da condição de apatridia e da naturalização facilitada dela decorrente. **Diário Oficial da União**, 28/02/2018; Edição: 40; Seção: 1 p: 34-39. Brasília, DF: 2018.

BRASIL, Casa Civil. **Operação Acolhida**. 2018. Disponível em: <https://www.gov.br/acolhida/historico/>> Acesso em 09 nov. 2020.

BRASIL. Ministério da Justiça e Segurança Pública. **Nacionalidade, Naturalização e Certidões**. Brasília, DF, 02 de março de 2020. Disponível em: <https://www.gov.br/mj/pt-br/assuntos/seus-direitos/migracoes/nacionalidade-naturalizacao-e-certidoes/> Acesso em: 7 jan. 2021.

BUCHANAN, Alan. Marx, morality and history: an assessment of recent analytical work on Marx. **Ethics**, University of Chicago, Illinois (USA), v. 98 n., pp. 104-136, Oct.1 1987.

CAMISÃO, Isabel; LOBO-FERNANDES, Luís. **Construir a Europa** – O processo de integração entre a teoria e a história. Cascais: Principia, 2005.

CAMPOS, João Mota de. **O direito comunitário**. O direito institucional, vol. 01. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1989. p. 98-103.

CAMPOS, João Mota de. **Manual de direito comunitário**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002. p. 35-42.

CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito constitucional**. Coimbra: Almedina, 1998.

CANTERO, Carlos Marcial Russo. **El Mercosul ante la necesidad de organismos supranacionales**. Assunción: Intercontinental, 1999.

CARNEIRO, Wellington Pereira. **As mudanças nos ventos e a proteção dos refugiados**. Universitas: Relações Internacionais, Brasília, v. 3, n. 2, 2005.

CARNEIRO, Henrique. Guerra dos trinta anos. *In*: MAGNOLI, Demétrio (org.) **História das guerras**. São Paulo: Contexto, 2006. p. 189-195.

CAROZZA, Paolo G. Subsidiarity as a structural principle of international human rights law. **American Journal of International Law**, University of Notre Dame, Indiana (USA): Kresge Law Library, v. 97, 2003.

CASTILLO, Mônica. Significados do cosmopolitismo kantiano. **Raison Presente**, Paris, v. 201, n. 1, p. 17-19, 2017.

CAVALLAR, Georg. A sistemática da parte jusfilosófica do projeto kantiano à paz perpétua. *In*: ROHDEN, Valério (ed.). **Kant e a instituição da paz**. Porto Alegre: UFRGS/Goethe - Institut/ICBA, 1997.

CHAVALLIER, Jacques. A governança e o direito. **Revista de Direito Público da Economia**, Belo Horizonte, Fórum, n. 2, p. 130-140, 2005.

CHAUVIER, Stephane. **Du droit d'etre etranger** - essai sur le concept kantien d'un droit cosmopolitique. Paris: L'harmattan, 1996. Collection: Aujourd'hui l'Europe.

CHAUVIER, Olivier de. **Le cosmopolitisme juridique**. Paris: Pedone, 2015.

CITADINO, Gisele; DUTRA, Deo Campos. Cosmopolitismo jurídico: pretensões e posições na interseção entre filosofia política e direito. **Nomos, Revista do**

Programa de pós-graduação em Direito da UFC, Fortaleza, v. 33, n. 1, pp. 73-89, 2013 p. 88. Disponível em: <http://www.periodicos.ufc.br/nomos/article/view/868>. Acesso em: 03 set. 2020.

COMISSÃO AFRICANA DOS DIREITOS HUMANOS E DOS POVOS. **Carta Africana dos Direitos e Bem-Estar da Criança**. Libéria, 1990. Disponível em: https://www.achpr.org/pr_legalinstruments/detail?id=46 Acesso em 10 jan. 2023.

COMITÊ INTERNACIONAL DA CRUZ VERMELHA. **Artigo 3 comum às quatro convenções de Genebra**. Genebra. [19--]. Disponível em: <https://www.icrc.org/pt/document/artigo-3o-comum-quatro-convencoes-de-genebra>. Acesso em 19 set. 2022.

COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. São Paulo: Saraiva, 1999.

COMISSÃO AFRICANA DE DIREITOS HUMANOS E DOS POVOS. **Resolução 234/2013 sobre o Direito à Nacionalidade**. [S. I.]. Disponível em: <https://www.achpr.org/sessions/resolutions?id=260>. Acesso em: 12 de jan. 2021.

COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Relatório nº 71/99** admissibilidade caso 11.656 Marta Lucía Álvarez Giraldo vs. Colômbia. Washington, D.C., 4 de maio de 1999. Disponível em: <https://www.cidh.oas.org/annualrep/99eng/Admissible/Colombia11656.htm>. Acesso em 12 jan. 2020.

COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Relatório nº 25/04**. Petição 12.361 Admissibilidade Ana Victoria Sánchez Villalobos e outros vs COSTA RICA. 11 de março de 2004. [S.I.]. Disponível em: <https://www.cidh.oas.org/annualrep/2004sp/CostaRica.12361.htm>. Acesso em 12 fev. 2021.

COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Relatório Nº 50/05** Petição 369/04 Admissibilidade Jorge Luis Chaves Cambronero vs Costa Rica, 12 de outubro de 2005. Disponível em: <http://cidh.oas.org/annualrep/2005sp/CostaRica369.04sp.htm> Acesso em 23 fev. 2022.

COMUNIDADE ECONÓMICA DOS ESTADOS DA ÁFRICA OCIDENTAL. Composição e história. In: **ECOWAS/CEDEAO** [S. I.], [197-] Disponível em: <https://ecowas.int/sobre-a-cedeao/?lang=pt-pt>. Acesso em 10 jan. 2023.

COMUNIDADE ECONÓMICA DOS ESTADOS DA ÁFRICA OCIDENTAL. **Declaração sobre a Erradicação da Apatridia**. [S. I.], 2018 Disponível em: <https://data.unhcr.org/en/documents/details/53819> t>. Acesso em 10 jan. 2023.

COMUNIDADE ECONÓMICA DOS ESTADOS DA ÁFRICA OCIDENTAL. **Composição e história**. (2013). Disponível em: <https://ecowas.int/sobre-a-cedeao/?lang=pt-pt>. Acesso em 10 jan. 2023.

COMUNIDADE ECONÓMICA DOS ESTADOS DA ÁFRICA OCIDENTAL. (CEDEAO); **Projeto de Protocolo à Carta Africana dos Direitos Humanos e dos**

Povos sobre Aspectos Específicos do Direito a uma Nacionalidade e da Erradicação da Apatridia na África.(maio 2017). Art. 3 e 4º. Disponível em: https://www.achpr.org/pr_presspublic/publication?id=25. Acesso em: 12 de mar. 2021.

COMUNIDADE EUROPEIA. **Protocolo N.º 4** em que se reconhecem certos direitos e liberdades além dos que já figuram na Convenção e no Protocolo Adicional à Convenção. Estrasburgo, 16 . IX [S.I.], 1963. Série de Tratados Europeus / 46. Disponível em: <http://www.dhnet.org.br/direitos/sip/euro/cedh4.htm#:~:text=Qualquer%20pessoa%20que%20se%20encontra,qualquer%20incluindo%20o%20seu%20pr%C3%B3prio>. Acesso em 18 jan. 2023.

CONVENCION SOBRE ASILO. Firmada en la Sexta Conferencia Internacional Americana. Habana, el 20 de febrero de 1928. Disponível em: http://www.oas.org/es/sla/ddi/docs/convencion_sobre_asilo_la_habana_1928.pdf. Acesso em: 10 fev. 2021.

CONVENÇÃO DA ORGANIZAÇÃO DA UNIDADE AFRICANA DE 1969. Adoptada pela Conferência dos Chefes de Estado e do Governo aquando da Sexta Sessão Ordinária (Adis-Abeba, 10 de Setembro de 1969) Entrada em vigor: 20 de Junho de 1974, Disponível em: https://www.fafich.ufmg.br/~luarnaut/convencao_oua.pdf. Acesso em 12 dez. 2021).

CONVENÇÃO EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS. **Convenção para a Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais.** Promulgada pelos Governos signatários, Membros do Conselho da Europa, Art. 15 .1. Roma, 4.11.1950. Disponível em: https://www.echr.coe.int/documents/convention_por.pdf . Acesso em 27 set. 2022.

CORRÊA, Paloma Moraes. Corte Interamericana de Derechos Humanos - Opinión Consultiva 4/84 – A Margem de Apreciação Chega à América. **Revista de Direito Internacional.** Uniceub. Brasília, v.10. n. 12. 2013; pp.262-279.

CORTE AFRICANA DE DIREITOS HUMANOS E DOS POVOS. Requerimento 012/2015. Julgamento em 22 de março de 2018. Anudo Ochieng contra a República Unida da Tanzânia. Disponível em: <https://www.african-court.org/wpafc/jurisprudencia-do-tribunal-africano-volume-2-2017-2018/?lang=pt-pt>. Acesso em 23 dez. 2022.

CORTE EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS. **Caso Lawless vs. Irlanda.** Sentença de 01 de julho de 1961. [S. I.]: 1961. Disponível em: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-165129>. Acesso em: 24 ago. 2019.

CORTE EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS. **Case of Egelandand Hanseid vs Norway.** Sentença de 16 de abril de 2009. [S. I.]: 2009 Disponível em: <https://hudoc.echr.coe.int/app/conversion/pdf/?library=ECHR&id=001-92246&filename=001-92246.pdf&TID=qmkpkxtpu> . Acesso em 10 out. 2021.

CORTE EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS. Grande Câmara. Caso J. K. e outros V. Suécia: (requerimento nº 59166/12). Requerentes: Sr. J.K. e sua esposa e filho. Juízes: Guido Raimondi, President, *et al.*, 23 de agosto de 2016. [S. I.]: 2016. Disponível em: [https://hudoc.echr.coe.int/eng#{\"itemid\":\[\"001-165442\"\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{\). Acesso em: 2 dez. 2022.

CORTE EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS. **Caso de Souza Riberio contra França**. Decisão de 13 de dezembro de 2012. p. 5. [S. I.]: 2012. Disponível em: <https://hudoc.echr.coe.int/fre?i=002-7330>. Acesso em 10 nov. 2022.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Opinião Consultiva 4/84**. Propuesta de modificación a la constitución política de costa rica relacionada con la naturalización. [S. I.]:1984. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_04_esp.pdf. Acesso em 06 maio 2020.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Denúncia nº 12189/98. Caso das crianças Yean e Bosico vs. República Dominicana. Decisão de 8 de setembro de 2005. [S. I.]: 2005. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_130_por.pdf Acesso em: 2 ago. 2022.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Opinião Consultiva nº 17/2002**. Para dispor sobre a condição jurídica e os direitos humanos das crianças no âmbito do SIDH. [S. I.]: 2002. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/opiniones.cfm>. Acesso em 14 set. 2022.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Opinião Consultiva 18/03**. A condição jurídica e os direitos dos migrantes indocumentados. 2003. [S. I.]: 2003. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_18_por.pdf. Acesso em: 10 nov. 2022.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Caso Herrera Ulhoa Vs. Costa Rica**. Sentença de 2 de julho de 2004. [S. I.]: 2004. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_107_esp.pdf>. Acesso em 10 de mar. de 2021.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Caso Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez vs. Ecuador** Sentença de 21 de novembro de 2007. [S. I.]: 2007. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_170_esp.pdf. Acesso em 10 mar. 2021.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Caso Castañeda Gutman vs. Estados Unidos Mexicanos**. 2008. [S. I.]: 2008. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/cf/jurisprudencia2/ficha_tecnica.cfm?nId_Ficha=298. Acesso em 20 set. 2020.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Caso nº 12.474 – série C nº 272 Rumaldo Juan Pacheco Osco e outros vs Estado da Bolívia. 25 de novembro de 2013. [S. I.]: 2013. Disponível em: <https://www.corteidh.or.cr/tablas/fichas/pachecotineo.pdf>. Acesso em: 2 ago. 2022.

CROWN PROSECUTION SERVICE, **Obscene Publications Acts 1959/1964**. January, 2019. [S. l.]:2019. Disponível em: <https://www.cps.gov.uk/legal-guidance/obscene-publications>. Acesso em: 19 de out. 2022.

CUNHA, Paulo de Pitta. **Integração europeia**: estudos de economia, política e direitos comunitários. Lisboa: Imprensa Nacional- Casa da Moeda, 1993

CUNHA, Paulo de Pitta. **Direito europeu**: instituições e políticas da União. Coimbra: Livraria Almedina, 2006.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de teoria geral do Estado**. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

DAUDÍ, Mireya Castillo. **derecho internacional de los derechos humanos**. 2. ed. Valencia (Espanha): Editorial Tirant lo Blanch. 2006.

DAVID, Christian. **Maps of time**: An Introduction to Big History. Berkeley: University of California Press. 2003.

DECLARAÇÃO DE CARTAGENA. Adotada pelo “Colóquio sobre Proteção Internacional dos Refugiados na América Central, México e Panamá: Problemas Jurídicos e Humanitários”, realizado em Cartagena, Colômbia, entre 19 e 22 de novembro de 1984. Disponível em: https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/portugues/BD_Legal/Instrumentos_Internacionais/Declaracao_de_Cartagena.pdf. Acesso em 21 dez 2021.

DECLARAÇÃO E PLANO DE AÇÃO DO MÉXICO PARA FORTALECER A PROTEÇÃO INTERNACIONAL DOS REFUGIADOS NA AMÉRICA LATINA. 20 países latino-americanos reunidos na cidade do México em 2004. Disponível em: https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/portugues/BDL/Declaracao_e_Plano_de_Acao_do_Mexico.pdf?file=t3/fileadmin/Documentos/portugues/BDL/Declaracao_e_Plano_de_Acao_do_Mexico. Acesso em 22 dez. 2021.

DELGADO, Francisco R. Barbosa. **El margen nacional de apreciación en el derecho internacional de los derechos humanos**: entre el estado de derecho y la sociedad democrática México: Universidad Nacional Autónoma de México. Instituto de Investigaciones jurídicas, 2012. Disponível em: <http://bibliohistorico.juridicas.unam.mx/libros/7/3160/7.pdf>. Acesso em: 02 set 2022.

DELMAS-MARTY, Mireille; IZORCHE, Marie-Laure. Marge nationale d'appréciation et internationalisation du droit. réflexions sur la validité formelle d'un droit commun pluraliste. **Revue internationale de droit comparé**. Paris, 52-4 pp. 753-780, 2000 Disponível em: https://www.persee.fr/doc/ridc_0035-3337_2000_num_52_4_18627. Acesso em: 27 jan. 2023.

DELMAS-MARTY, Mireille. **Por um direito comum**, São Paulo, Martins Fontes, 2004.

DELMAS-MARTY, Mireille. **Les forces imaginantes du droit (II). Le pluralisme ordonné**, Paris, Seuil, 2006.

DELMAS-MARTY, Mireille. **Aux quatre vents de monde**. Petit guide de navigation sur l'océan de la mondialisation. Paris: Seuil, 2016.

DELMAS-MARTY, Mireille. **Marge nationale d'appréciation et internationalisation du droit**. réflexions sur la validité formelle d'un droit commun pluraliste. Disponível em: https://www.persee.fr/doc/ridc_0035-3337_2000_num_52_4_18627. Acesso em: 27 jan. 2023.

DICK, Hoerder. **Cultures in Contact: World Migrations in the Second Millennium**. Durham, N.C. and London: Duke University Press, 2002.

DINIZ, Geilza Fátima Cavalcanti. Cultura e internacionalização dos direitos: da margem nacional de apreciação ao transcivilizacionismo. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, v. 49, n. 196, p. 133-147, out./dez. 2012.

DIRETIVA 2004/81/CE DO CONSELHO EUROPEU de 29 de abril de 2004. [S. I.], 2004. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/ALL/?uri=CELEX%3A32004L0081> . Acesso em 12 jan. 2022.

DIRETIVA 2009/52/CE DO CONSELHO EUROPEU de 18 de junho de 2009. [S. I.], 2009. [S. I.], 2009. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/ALL/?uri=CELEX%3A32009L0052>. Acesso em 12 de jan. 2022

DIRETIVA 2011/95/UE DO PARLAMENTO EUROPEU E DO CONSELHO de 13 de dezembro de 2011. **Art. 18**. [S. I.], 2011. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/ALL/?uri=CELEX:32011L0095>. Acesso em: 12 jan. 2022.

DOUGHERTY, James E. ; PFALTZGRAFF JR., Robert L. **Relações internacionais – As teorias em confronto**. Um estudo detalhado. Lisboa: Gradiva, 2003. p. 535-539.

DROMI, Roberto; EKMEKDJIAN, Miguel A; RIVERA, Julio C. **Derecho comunitario: Sistemas de integración-regimen del Mercosur**. Buenos Aires: Ciudad Argentina, 1995.

DURKHEIM, Emile. **As regras do método sociológico**. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

DWORKIN, Ronald. Foundations of liberal equality. In PETERSON, Greth B. (org.) **The Tanner lecture on human values**, v. 11, 1990.

DWORKIN, Ronald. Equality, democracy, and constitution. **Alberta Law Review**, v. XXVUL n. 2. 1990.

DWORKIN, Ronald. **The ethical basis of liberal equality**. Ethics and economics, Universidad de Siena, Itália, 1991.

DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. Tradução: Jefferson Ruiz Camargo. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2014.

EKMEKDJIAN, Miguel Ángel. **Introducción al derecho comunitario latinoamericano**. Con especial referencia al MERCOSUL. Buenos Aires: Depalma, 1997.

ENGELS, Friedrich. **La situation de la laborieuse en Angleterre**. Paris: Sociales, 1845.

EUROPEAN DATABASE OF ASYLUM LAW (EDAL). ECtHR - De Souza Ribeiro v France [GC], **Requerimento nº 22689/07**. País do requerente: Brasil. Data da decisão: 13/12/2012. Nome do tribunal: Grande Câmara do TEDH. O caso diz respeito à remoção de cidadão brasileiro residente na Guiana Francesa (department-région ultramarino francês) e sua impossibilidade de impugnar a medida antes de sua aplicação. Disponível em: <<https://www.asylumlawdatabase.eu/en/content/ecthr-de-souza-ribeiro-v-france-gc-application-no-2268907>>. Acesso em: 24 jan. 2023.

FARIA, José Eduardo. **O direito na economia globalizada**. São Paulo: Malheiros, 2005.

FERNANDES, Antônio José. **Relações internacionais: factos, teorias e organizações**. Lisboa: Presença, 1991.

FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. **Estudos de filosofia do direito: reflexões sobre o poder, a liberdade, a justiça e o direito**. São Paulo: Atlas, 2002.

FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. Notas sobre contribuições sociais e solidariedade no contexto do estado democrático de direito. *In*: GRECO, M. A.; GODOI, M. S. (Coord.). **Solidariedade social e tributação**. São Paulo: Dialética, 2007.

FERRAJOLI, Luigi. **A soberania no mundo moderno**. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

FERRO, Luiz Bruno Lisbôa de Bragança. **Direito cosmopolítico e direito à imigração: virtudes e defeitos da margem nacional de apreciação**. Projeto de qualificação para obtenção do título de Doutor em Direito, pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade do Vale do Rio dos Sinos – UNISINOS. São Leopoldo, RS, 2020.

FERRO, Luiz Bruno Lisbôa de Bragança. FERRO, Sandra Regina Oliveira Passos de Bragança. Análise da condição humana dos imigrantes venezuelanos na busca de trabalho no Estado de Roraima. *In*: GUERRA, Caio Grande; GUERRA, Sidney; VAL, Eduardo Manuel (org.). **Fluxos migratórios mistos para as Américas: Uma abordagem jurídica**. Curitiba, 2019. p. 171-188.

FERRY, Jean-Marc. Dix thèses sur la question de l'État européen. **Droit et société**, [S.l.], n. 53, p. 15-16.2003.

FISCHEL DE ANDRADE, José Henrique. **Direito internacional dos refugiados: evolução histórica 1921-1952**. Rio de Janeiro: Renovar, 1996.

FOESSEL, Michel. **Après la fin du monde**. Critique de la raison apocalyptique. Paris: Seuil, 2012.

FRANCA FILHO, Marcílio Toscano. As diretivas da Comunidade Europeia [sic.]. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, nº 37. São Paulo: Revista dos Tribunais, outubro- dezembro de 2001. p. 7-26.

FRATESCHI, Y Adario. **A física da política: Hobbes contra Aristóteles**. Campinas: Unicamp, 2006.

GARCIA, Eusebio Fernandez. **Dignidad humana y ciudadanía cosmopolita**. Madrid: Dickson, 2001.

GARGARELLA, Roberto. **As teorias da justiça depois de Rawls: um breve manual de filosofia política**. São Paulo: MartinsFontes, 2008. p.38.

GILISSEN, Jonh. **Introdução histórica ao direito**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1995.

GONÇALVES, Rogério Magnus Varela. Os direitos fundamentais e sua validade no âmbito das relações privadas. **Revista Eletrônica Prima Facie da Universidade Federal da Paraíba**. João Pessoa, a.3, n.5, p.76, jul./dez. 2004.

GOODWIN-GILL, Guy; MCADAM, Jane. **Refugee in International Law**. Oxford: Oxford University Press, 4. ed. 2021.

GOULET-CAZÉ, Marie Odile; BRANHAM, R Bracht. (orgs.). **Os cínicos: o movimento cínico da antiguidade e o seu legado**. São Paulo: Loyola, 2003.

GOURINAT, Jean-Baptiste. Le Stoïcisme. **Que sais je?** Paris: PUF, 2008.

GOYARD-FABRE, Simone. **Os princípios filosóficos do direito político moderno**. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

GRECO FILHO, Vicente. **Tutela constitucional das liberdades**. São Paulo: Saraiva, 1999.

GROTIUS, Hugo. **O direito da guerra e da paz**. Tradução Ciro Mioranza. Ijuí: Unijuí, 2004. Vol. I.

GUÉNANCIA, Pierre. L'idée de nation d'un point de vue cosmopolitique. **Revue Espirit**, [S. l.], junho de 2008. Disponível em: <https://www.cairn.info/revue-espitit-2008-6-page-67.htm>. Acesso em: 18 jun. 2022.

- GUENGANT, Jean-Pierre. **Que ligação entre migração internacional e desenvolvimento?** Projeto 272. 2002.
- GUERRA, Sidney. **Direitos humanos na ordem jurídica internacional e reflexos na ordem constitucional brasileira.** 2. ed. São Paulo: Atlas, 2014.
- GUERRA, Sidney. **Curso de direito internacional público.** 13. ed. São Paulo: Saraiva Educação. 2021.
- HAAS, Enerst B. **Beyond the nation-state:** funcionalism and international organization. Inglaterra: Ecp Press. 2008. p. 245- 300.
- HABERMAS, Jurguen. **De l'usage public des id'ee.** Paris: Fayard, 2005.
- HABERMAS, Jurguen. O projeto kantiano e o ocidente dividido. *In:* HABERMAS, Jurguen. **O ocidente dividido.** Rio de Janeiro: Vozes, 2006. p. 115-204.
- HABERMAS, Jurguen. **A inclusão do outro:** estudos de teoria política. São Paulo: Loyola, 2007a.
- HABERMAS, Jurguen. **Entre naturalismo e religião.** Tradução: Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2007b.
- HARRIS, John R; TODARO, Michael P. Migration, unemployment, and development: A two-sector analysis. **American Economic Review**, v. 60, n. 1; p. 126-142. 1970.
- HELD, David. **La democracia y el orden global:** del Estado moderno al gobierno cosmopolita. Barcelona: Paidós Ibérica, 1997.
- HINSLEY, Francis H. **El concepto de soberanía.** Barcelona: Editorial Labor, 1979
- HOBBS, Thomas. **Leviatã.** São Paulo: Martin Claret, São Paulo, 2006.
- HOBSBAWM, Eric J. **A era do capital.** 1848-1875. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1987. p.47.
- HONNETH, Axel. **Luta por reconhecimento:** a gramática moral dos conflitos sociais. Trad. Luiz Repa. São Paulo: 34, 2009.
- HUSEK, Carlos Roberto. **Curso de direito internacional público.** 5. ed. São Paulo: Ltr, 2004.
- IHERING, Rudolf Von: **A luta pelo direito.** Tradução João Vasconcelos. Rio de Janeiro: Forense, 2007.
- IMIGRAÇÃO contribui para aumento de doenças infecciosas. (19/07/2018). *In:* **Folha&BV.** Disponível em: <https://folhabv.com.br/noticia/CIDADES/Capital/Imigracao-contribui-para-aumento-de-doencas-infecciosas/42091> . Acesso em 25 jan. 2023.

ITZCOVITCH, Giulio. One, none and one hundred thousand margins of appreciations: The Lautsi Case. **Human Rights Law Review**, Oxford Journals, Oxford, 2013.

JAUME, Lucien. Rousseau e a questão da soberania. In: DUSO, Giuseppe (org.) **O poder: história da filosofia política moderna**. Petrópolis: Vozes, 2005.

JONES, Steve; MARTIN, Robert, PILBEAM, David. **The Cambridge encyclopedia of human evolution**. Cambridge: Cambridge University Press. 1994.

JUBILUT, Liliana Lyra. **O direito internacional dos refugiados e sua aplicação no ordenamento jurídico brasileiro**. São Paulo: Método, 2007.

KANT, Immanuel. **Fundamentos da metafísica dos costumes**. Rio de Janeiro: Tecnoprint, 1967.

KANT, Immanuel. **A paz perpétua**. Um projeto filosófico. Tradução Artur Morão. Textos práticos da Filosofia. Direção da Coleção: José Rosa & Artur Morão. Título original: A Paz Perpétua. Um Projecto Filosófico (1795). Universidade da Beira Interior Covilhã, 2008.. *E-book*. Disponível em: http://www.lusosofia.net/textos/kant_immanuel_paz_perpetua.pdf. Acesso em 03 set. 2020.

KANT, Immanuel. **Ideia de uma história universal de um ponto de vista cosmopolita**. Tradução Rodrigo Naves. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2011.

KANTOROWICZ, Ernest. Mistérios do estado. Um conceito absolutista e as suas origens na baixa idade média. In: KANTOROWICZ, Ernest. **Morrer pela Pátria**. Lisboa: João Sá da Costa, 1998.

KATZ, Eliakim; STARK, Oded. Labor migration and risk aversion in less developed countries. **Journal of Labor Economics**, Chicago, University Chicago Press, v.4, n. 1, pp.134-149 1986

KELSEN, Hans. **Teoria geral do direito e do estado**. São Paulo: Livraria Martins Fontes. 1993

KOWAR, Robert. As relações entre direito comunitário e direitos nacionais. In: COMISSÃO DAS COMUNIDADES EUROPEIAS. **Trinta anos de direito comunitário**. Luxemburgo: Serviços de Publicações Oficiais da CE. 1985.

KRITSCH, Raquel. **Soberania: a construção de um conceito**. São Paulo: Humanitas FFLCH/USP: Imprensa Oficial do Estado, 2002.

LAKATOS, Eva M.; MARCONI, Marina A. **Metodologia do trabalho científico**. São Paulo: Atlas, 2010.

LEDESMA, Héctor Faúndez. **El sistema interamericano de protección de los derechos humanos. Aspectos institucionales y procesales**. 3. ed. Instituto Interamericano de Derechos Humanos: San Jose. 2004.

LEFEBVRE, Henri. **A cidade do capital**. Rio de Janeiro, DP&A, 1999.

LEGG, Andrew. **The margin of appreciation in international human rights law: deference and proportionality**. Oxford: Oxford Press, 2012.

LEITE, Carlos Henrique Bezerra. **Manual de direitos humanos**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

LEWIS, W. A. O desenvolvimento econômico com oferta ilimitada de mão-de-obra *In*: AGARWALA, A. N.; SINGH, S. P. (org.). **A economia do subdesenvolvimento**. Rio de Janeiro: Forense, 1969.

LIGA DAS NAÇÕES. **Ajuste Relativo à Expedição de Certificados de Identidade para Refugiados Russos**. Firmado em Genebra em 05 de julho de 1922. Disponível em: <https://www.refworld.org/docid/3dd8b4864.html>. Acesso em 10 jan. 2021.

LIGA DAS NAÇÕES. **Disposições relativas ao Estatuto Jurídico de Refugiados Russos e Armênios**. Assinado em Genebra aos 12 de maio de 1926. Disponível em: <https://www.refworld.org/docid/3dd8b4864.html>. Acesso em 10 jan. 2021.

LIGA DAS NAÇÕES. **Alto Comissariado para os Refugiados da Alemanha**. Acordo firmado em 4 de julho de 1936 [S. I.], 19136. Disponível em: <https://www.refworld.org/docid/3dd8b4864.html>. Acesso em 10 jan. 2021.

LIGA DAS NAÇÕES. **Convenção Relativa aos Refugiados Provenientes da Alemanha**. Assinada em Genebra, 10 de fevereiro de 1938. [S. I.]: 1938. Disponível em: <https://www.refworld.org/docid/3dd8b4864.html>, Acesso em 10 jan. 2021

LIGA DAS NAÇÕES **Protocolo a Convenção Relativa aos Refugiados Provenientes da Alemanha**. Alteração do art. 1º. [S. I.], 1938. Disponível em: <https://www.refworld.org/docid/3dd8b4864.htm>, Acesso em 10 jan. 2021.

LIGA DAS NAÇÕES. **Protocolo a Convenção Relativa aos Refugiados Provenientes da Alemanha**. Protocolo Adicional de 1939, estendido a pessoas provenientes da Áustria. Alteração do art. 1º. [S. I.]: 1939. Disponível em: <https://www.refworld.org/docid/3dd8b4864.html>, Acesso em 10 jan. 2021.

LIGA DAS NAÇÕES. **Alto Comissariado da Liga das Nações para Refugiados**. 1º de janeiro de 1939. [S. I.], 1939. Disponível em: <https://www.refworld.org/docid/3dd8b4864.html>. Acesso em 10 jan. 2021.

LIGA DAS NAÇÕES. **Administração das Nações Unidas para o Auxílio e Restabelecimento dos Refugiados**. Assinada pelos países Aliados em novembro de 1943. Genebra, 1943. Disponível em: <https://www.refworld.org/docid/3dd8b4864.html>. Acesso em 10 jan. 2021.

2520os%2520brasileirinhos%2520ap%25C3%25A1tridas%2Cpraticamente%2520exclu%25C3%25ADdos%2520das%2520preocupa%25C3%25A7%25C3%25B5es%2520nacionais.&aqs=chrome..69i58j69i57.11642j0j4&sourceid=chrome&ie=UTF-8. Acesso em 10 nov. 2021.

MARX, Karl. **O Capital** - Livro I – crítica da economia política: O processo de produção do capital. Tradução Rubens Enderle. São Paulo: Boitempo. 2013.

MITRANY, David. **A working for peace system**: An argument for the functional development of international organizations. Londres: RIIA, 1943.

MOLES, John L. Cynic cosmopolitanism *In*: GOULET-CAZÉ, Marie Odile; BRANHAM, R. Bracht (orgs.). **Os cínicos**: o movimento cínico da antiguidade e o seu legado. São Paulo: Loyola, 2003. p. 05-120.

MONNET, Jean. **Memórias**: a construção da unidade europeia. Tradução Ana Maria Falcão. Brasília: EdUnB, 1986. p. 67-78.

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. São Paulo, Brasil: Atlas. 2015.

MORRIS, Clarence. (org.). **Os grandes filósofos do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

NAÇÕES UNIDAS. **Carta da ONU**. Assinada em São Francisco, em 26 de junho de 1945, após o término da Conferência das Nações Unidas. Disponível em: <https://brasil.un.org/sites/default/files/2022-05/Carta-ONU.pdf>. Acesso em 27 set. 2022.

NAGEL, Thomas. **Mortal questions**. Cambridge, Cambridge University Press, 1979.

NASPOLINI, Samyra Haydêe Dal Farra; SILVEIRA, Vladimir Oliveira da. O direito internacional dos direitos humanos e a margem nacional de apreciação: tendências da Corte Europeia. **Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito** – PPGDir./UFRGS, Porto Alegre, v. 11, n. 1, ago. 2016. p. 84. Disponível em: <http://seer.ufrgs.br/index.php/ppgdir/article/view/62292>. Acesso em: 23 ago. 2019.

NASCIMENTO, Milton Meira do. O contrato Social – entre a escala e o programa. **Revista Discurso**, n. 17, São Paulo: Discurso Editorial. 1999.

NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**. São Paulo: Martins Fontes, 2012.

NINO, Carlos. **El constructivismo ético**, Madri: Centro de Estudios Constitucionales, 1989.

NOUR, Soraya. **À paz perpétua de Kant**: filosofia do direito internacional e das relações internacionais. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

NOVELINO, Marcelo. **Direito constitucional**. São Paulo: Método. 2009

NOZICK, Robert. **Anarchy, state, and utopia**. Nova York, Basic Books, 1974.

NUNES, Rizzato. **O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana:** doutrina e jurisprudência. São Paulo: Saraiva, 2002.

NÚÑEZ Poblete; Manuel e Acosta ALVARADO, Paola Andrea. **El margen de apreciación en el sistema interamericano de derechos humanos:** proyecciones regionales e nationale. México, UNAM, 2012.

NUSSBAUM, Martha. **Fronteiras da justiça.** Deficiência, nacionalidade e pertencimento à espécie. São Paulo: Martins Fontes, 2013.

NUSSBAUM, Martha. **Los limites del patriotismo:** identidad, pertenencia y ciudadanía mundial. Barcelona: Paidós, 2013.

NYE JR., Joseph S. **Compreender os conflitos internacionais:** uma introdução à teoria e à história. Lisboa: Grávida, 2002.

OLIVEIRA, Odete Maria de. **União Europeia:** processos de integração e mutação. Curitiba: Juruá, 1999.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS (OEA). Comissão Interamericana de Direitos Humanos. **Convenção Americana sobre Direitos Humanos.** Assinada na Conferência Especializada Interamericana sobre Direitos Humanos, San José, Costa Rica, em 22 de novembro de 1969. Disponível em: http://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm. Acesso em: 12 ago. 2020.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. **Carta Democrática Interamericana de 2001.** Aprovada na primeira sessão plenária, realizada em 11 de setembro de 2001. Disponível em: https://www.oas.org/pt/democratic-charter/pdf/demcharter_pt.pdf. Acesso em 22 de dez. de 2021

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. **Convenção Interamericana Contra o Racismo, a Discriminação Racial e Formas Correlatas de Intolerância de 2013,** 43ª Sessão Ordinária da Assembleia Geral da em 5 de junho de 2013. Cidade da Guatemala, 2013. Disponível em: https://www.oas.org/en/sla/dil/docs/inter_american_treaties_A-69_Convencao_Interamericana_disciminacao_intolerancia_POR.pdf. Acesso em 10 mar. 2021.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL PARA MIGRAÇÕES. DIREITO INTERNACIONAL DA MIGRAÇÃO. **Glossário sobre migração nº 22.** Genebra, 2009. Disponível em: <https://publications.iom.int/system/files/pdf/iml22.pdf>. Acesso em 04 set. 2022.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL PARA AS MIGRAÇÕES. **IOM History.** 2002 Disponível em: <https://www.iom.int/iom-history> . Acesso em 23 set. 2022.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL PARA MIGRAÇÕES. **Relatório de migração mundial de 2020.** Genebra, 2020. Disponível em: https://publications.iom.int/system/files/pdf/wmr_2020.pdf. Acesso em 15 set. 2020.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL PARA AS MIGRAÇÕES. **Glossário sobre migrações**, n. 22. Genebra: OIM, 2009.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU) - **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. Adotada e proclamada pela Resolução 217 A (III) da Assembleia Geral das Nações Unidas em 10 de dezembro de 1948. Paris, 1948. Disponível em: http://portal.mj.gov.br/sedh/ct/legis_intern/ddh_bib_inter_universal.htm. Acesso em: 12 set. 2021.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Estatuto dos Refugiados**. Adotada em 28 de julho de 1951 pela Conferência das Nações Unidas de Plenipotenciários sobre o Estatuto dos Refugiados e Apátridas, convocada pela Resolução n. 429 (V) da Assembléia Geral das Nações Unidas, de 14 de dezembro de 1950. Entrou em vigor em 22 de abril de 1954. Genebra, 1951. Disponível em: <http://www2.mre.gov.br/dai/refugiados.htm>. Acesso em: 12 abr. 2019.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). **Estatuto dos Apátridas**. Nova York, 1954. Disponível em: <http://www.dhnet.org.br/direitos/sip/onu/asilo/apatr54.htm>. Acesso em 28 set. 2022.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). **Convenção para Redução de Casos de Apatridia**. Nova York, 30 de agosto de 1961. Entrada em vigor: 13 de dezembro de 1975 Art. 3. Disponível em: https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/portugues/BDL/Convencao_para_a_Reducacao_dos_Casos_de_Apatridia_de_1961.pdf. Acesso em: 10 jan. 2023.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos**. Adotado pela Resolução n. 2.200 A (XXI) da Assembleia Geral das Nações Unidas, em 16 de dezembro de 1966. Disponível em: <https://brasil.un.org/pt-br/search?key=Pacto+Internacional+dos+Direitos+Civis+e+Pol%C3%ADticos>. Acesso em 27 set. 2022.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial** Art. 5º. Adotada pela Resolução n. 2.106-A 000 da Assembleia Geral das Nações Unidas, em 21 de dezembro de 1965 e ratificado pelo Brasil em 27 de março de 1968. Disponível em: [https://www.oas.org/dil/port/1965%20Conven%C3%A7%C3%A3o%20Internacional%20sobre%20a%20Elimina%C3%A7%C3%A3o%20de%20Todas%20as%20Formas%20de%20Discrimina%C3%A7%C3%A3o%20Racial.%20Adoptada%20e%20aberta%20%C3%A0%20assinatura%20e%20ratifica%C3%A7%C3%A3o%20por%20Resolu%C3%A7%C3%A3o%20da%20Assembleia%20Geral%202106%20\(XX\)%20de%2021%20de%20dezembro%20de%201965.pdf](https://www.oas.org/dil/port/1965%20Conven%C3%A7%C3%A3o%20Internacional%20sobre%20a%20Elimina%C3%A7%C3%A3o%20de%20Todas%20as%20Formas%20de%20Discrimina%C3%A7%C3%A3o%20Racial.%20Adoptada%20e%20aberta%20%C3%A0%20assinatura%20e%20ratifica%C3%A7%C3%A3o%20por%20Resolu%C3%A7%C3%A3o%20da%20Assembleia%20Geral%202106%20(XX)%20de%2021%20de%20dezembro%20de%201965.pdf). Acesso em: 29 de set. 2022.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Convenção sobre a Eliminação se Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher**. Adotada e aberta à assinatura, ratificação e adesão pela Resolução 34/180, da Assembleia Geral das Nações Unidas, de 18 de dezembro de 1979. Disponível em: <https://www>.

onumulheres.org.br/wp-content/uploads/2013/03/convencao_cedaw1.pdf. Acesso em: 29 set. 2022.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Alto Comissariado das Nações Unidas para Refugiados (ACNUR)**. [S.l.], [19--?] Disponível em: [https://news.un.org/pt/story/2020/11/1732532#:~:text=Embora %20seja%20dif%C3%ADcil%20obter%20dados,n%C3%BAmero%20pode%20 ser%20substancialmente%20maior](https://news.un.org/pt/story/2020/11/1732532#:~:text=Embora%20seja%20dif%C3%ADcil%20obter%20dados,n%C3%BAmero%20pode%20ser%20substancialmente%20maior). Acesso em 27 set. 2022.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Fundo das Nações Unidas para a Infância (UNICEF) **Convenção sobre os Direitos das Crianças**. Adotada pela Assembleia Geral da ONU em 20 de novembro de 1989. Entrou em vigor em 2 de setembro de 1990. Disponível em: [https://brasil.un.org/pt-br/search?key=Conven%C3%A7%C3%A3o +sobre+os+Direitos +da+Crian %C3%A7a+](https://brasil.un.org/pt-br/search?key=Conven%C3%A7%C3%A3o+sobre+os+Direitos+da+Crian%C3%A7a+). Acesso em 28 set. 2022.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Convenção sobre a Proteção dos Trabalhadores Migrantes e os Membros de suas Famílias**. Adotada pela Resolução 45/158, de 18 de dezembro de 1990, da Assembleia-Geral (entrada em vigor a 1 de Julho de 2003). Disponível em: <http://acnudh.org/wp-content/uploads/2012/08/Conven%C3%A7%C3%A3o-Internacional-para-a-Prote%C3%A7%C3%A3o-dos-Direitos-Humanos-de-todos-os-Trabalhadores-Migrantes-e-Membros-de-suas-Fam%C3%ADlias.pdf>. Acesso em: 29 de set. 2022.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Convenção sobre a Proteção dos Trabalhadores Migrantes e os Membros de suas Famílias**. Adotada pela Resolução 45/158, de 18 de dezembro de 1990, da Assembleia-Geral (entrada em vigor a 1 de Julho de 2003). Disponível em: <http://acnudh.org/wp-content/uploads/2012/08/Conven%C3%A7%C3%A3o-Internacional-para-a-Prote%C3%A7%C3%A3o-dos-Direitos-Humanos-de-todos-os-Trabalhadores-Migrantes-e-Membros-de-suas-Fam%C3%ADlias.pdf>. Acesso em: 29 set. 2022.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência**. Adotada em 13 de dezembro de 2006 (Resolução A/RES/61/106) e aberta à assinatura em Nova Iorque a 30 de março de 2007. Art. 18º. Disponível em: <https://brasil.un.org/pt-br/186941-convencao-sobre-pessoas-com-deficiencia-reforca-inclusao-e-acessibilidade>. Acesso em: 21 dez. 2022

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Discurso de Donald Trump, ex-presidente dos Estados Unidos da América, na abertura da 74ª Sessão da Assembleia Geral da ONU**. New York, 30 de setembro de 2019. Disponível em: <https://news.un.org/pt/story/2019/09/1688272>. Acesso em 26 dez. 2022.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. **Convenção Americana de Direitos Humanos**. (Pacto de San José da Costa Rica). Assinada na Conferência Especializada Interamericana sobre Direitos Humanos, San José, Costa Rica, em 22 de novembro de 1969. Disponível em: https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_ameicana.htm. Acesso em 11 de outubro de 2022.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS Comissão Interamericana de Direitos Humanos. **Protocolo Adicional à Convenção Americana Sobre Direitos Humanos em Matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais**, “Protocolo de San Salvador.” San Salvador [197-]. Disponível em: <http://www.cidh.org/basicos/portugues/e.protocolo_de_san_salvador.htm>. Acesso em 11 de outubro de 2022.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL PARA REFUGIADOS. **Ato constitutivo**. Criada pelo Comitê Intergovernamental Provisório para o Movimento de Migrantes da Europa (CIPMME), resultado de uma Conferência Internacional para Migração realizada em Bruxelas, de 26 de novembro a 5 de dezembro de 1951, por iniciativa da Bélgica e dos Estados Unidos. Disponível em: <http://www.unhcr.org/refworld/docid/3b00f1963c.html>. Acesso em: 14 dez. 2021.

OSIANDER, A. Sovereignty, international relations, and the westphalian myth. **International Organization**, v. 55, n. 2, 2001. p. 280-287.

OSTRENSKI, Eunice. Soberania e representação: Hobbes, parlamentaristas e levellers. **Lua Nova**, São Paulo, n. 80, 2010.

PATRÍCIO, Raquel. As relações em eixo – novo paradigma da teoria das relações internacionais? **Revista Brasileira de Política Internacional**, [S.I.] v. 49, nº 2. p. 5-20. 2006.

PAQUET, Martin; MANNIG, Patrick. **Migration in world history**, coll. New York: Routledge, 2005. (Coleção Themes in World History).

PARK, Robert E. Human migration and the marginal man. **The American Journal of Sociology**, Chicago, v. 33, n. 6. 1928.

PHILPOTT, Daniel. Westphalia, authority, and international society. **Political Studies**, v. XLVII, n. 3, p. 566-589, 1999.

PICCININI, Mario. Poder comum e representação em Thomas Hobbes. *In*: DUSO, Giuseppe (org.). **O poder: história da filosofia política moderna**. Petrópolis: Vozes, 2005.

PICHÉ, Victor. Migrations internationales et droits de la personne : vers un nouveau paradigme? *Dans*: CRÉPEAU, François; NAKACHE, Delphine & ATAK Idil. (eds) **Les migrations internationales contemporaines**. Une dynamique complexe au cœur de la globalisation. Montréal: Les Presses de l'Université de Montréal. 2009. p.350-369.

PINTO, Maria do Céu. Contributos das teorias das RI para o estudo das organizações internacionais e da integração regional. **Relações Internacionais**, nº 16. Lisboa. 2007. p. 75-100.

PIORE, Michael J. **Birds of passage: migrant labor in industrial societies**. Cambridge: Cambridge University Press. 1979.

PIOVESAN, Flávia. O direito de asilo e a proteção internacional dos refugiados. In: ARAÚJO, Nádya de; ALMEIDA, Guilherme Assis de (Coord.). **O Direito internacional dos refugiados**: uma perspectiva brasileira. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

PIOVESAN, Flávia. Direitos humanos e princípio da dignidade da pessoa humana. In: LEITE, George Salomão (org.). **Dos princípios constitucionais**: considerações em torno das normas principiológicas da Constituição. São Paulo: Malheiros, 2003.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. São Paulo: Saraiva, 2006.

PIOVESAN, Flávia. **Temas de direitos humanos**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

PLATAFORMA DE COOPERAÇÃO INTERNACIONAL SOBRE MIGRANTES INDOCUMENTADOS. **Campanhas**. Disponível em: <https://picum.org/words-matter/>. Acesso em 09 jan. 2023.

PORTELA, Paulo Henrique Gonçalves. **Direito internacional público e privado**. 3. ed. Salvador: Juspodivm. 2011.

PRIMER CONGRESO SUDAMERICANO DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO, **Tratado de Direito Penal Internacional**. Firmado em Montevideo, el 23 de enero de 1889. Disponível em: <https://societip.files.wordpress.com/2013/12/tratado-de-derecho-penal-internacional-montevideo-1889.pdf>. Acesso em 12 jan. 2023.

PROTOCOLO DE 1967 RELATIVO AO ESTATUTO DOS REFUGIADOS. Convocado pela Resolução 1186 (XLI) de 18 de novembro de 1966 do Conselho Econômico e Social (ECOSOC) e pela Resolução 2198 (XXI) da Assembleia Geral das Nações Unidas, de 16 de dezembro de 1966. Na mesma Resolução, o Assembleia Geral pediu ao Secretário-geral que transmitisse o texto do Protocolo aos Estados mencionados no artigo 5, para que pudessem aderir a ele. Assinado em Nova Iorque em 31 de janeiro de 1967. Entrou em vigor em 4 de outubro de 1967. Disponível em: https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/portugues/BDL/Protocolo_de_1967_Relativo_ao_Estatuto_dos_Refugiados.pdf. Acesso em 13 jan. 2022

RAMOS, Cláudia; MAIOR, Paulo Vila. Perspectivas teóricas sobre a integração europeia. **Relações internacionais**. Lisboa: n. 16, 2007. p. 101-126.

RAVENSTEIN, E. G. As leis da migração de 1885. In: MOURA, Hélio A. de (org.) **Migração interna**: textos selecionados. Fortaleza: BNB, ETENE, 1980. p.34.

RAWLS, John. **Uma teoria da justiça**. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito**. 27 ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

RESTA, Eligio. **O direito fraterno**. Tradução de Sandra Regina Martini. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2004.

REZEK, José Francisco. **Direito internacional público**. Curso elementar. São Paulo: Saraiva, 1998.

REZEK, Francisco. **Direito internacional público**. 10. ed. São Paulo: Saraiva. 2007

RIBEIRO, Renato J. **Ao leitor sem medo**: Hobbes escrevendo contra o seu tempo. 2. ed. Belo Horizonte: UFMG, 2004.

RIBEIRO, Víctor. Difteria entre venezuelanos preocupa Ministério da Saúde brasileiro. (18/01/2019). In: **Agência Brasil**. Disponível em: <https://agenciabrasil.ebc.com.br/saude/noticia/2019-01/difteria-entre-venezuelanos-preocupa-ministerio-da-saude-brasileiro>. Acesso em 25 jan. 2023.

RICOUER, Paul. **Percursos do reconhecimento**. Tradução Nicolás Nyimi Campanário. São Paulo: Loyola, 2006.

RICOER, Paul. **O justo** (vol.1). São Paulo: Martins Fontes, 2008.

RICOEUR, Paul. **O justo**. São Paulo: Martins Fontes, 2008. (vol.1).

ROCA, Javier García. La muy discrecional doctrina del margen de apreciación nacional según el Tribunal Europeo de Derechos Humanos: soberanía e integración. **Teoría y Realidad Constitucional**, n. 20, p. 117-143. 2007. Disponível em: <http://revistas.uned.es/index.php/TRC/article/view/6778/6476>. Acesso em: 19 out. 2020.

ROCHA, Carmem Lúcia Antunes. **Direito de todos e para todos**. Belo Horizonte: Fórum, 2004.

ROGERS, Everett M. Georg Simmel's concept of the stranger and intercultural communication research. **Communication Theory**, v. 9 n. 1. p. 58-74 . Chicago. March, 2006. p. 58. DOI: 10.1111/j.1468-2885.1999.tb00162.x. Acesso em: 25 set. 2022.

ROSEN, Michael. **Dignidade**: sua história e significado. São Leopoldo: Unisinos, 2015.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Do contrato social**. Tradução Lourdes Santos Machado. 20. ed. São Paulo: Abril Cultural, 1993.

SACCO, Rodolfo. **Introdução ao direito comparado**. São Paulo: RT, 2001.

SALDANHA, Jânia Maria Lopes. **Cosmopolitismo jurídico**: teorias e práticas de um direito emergente entre a globalização e a mundialização. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

SALDANHA, Jânia Maria Lopes, Novas geometrias e novos sentidos: Internacionalização do Direito e internacionalização do diálogo dos sistemas de Justiça. In: Lênio Luiz Streck *et al.* (org.), **Anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito da UNISINOS**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

SALDANHA, Jânia Maria Lopes; BRUM, Márcio Morais. A margem nacional de apreciação e sua (in)aplicação pela Corte Interamericana de Direitos Humanos em matéria de anistia: uma figura hermenêutica a serviço do pluralismo ordenado? **Anuario Mexicano de Derecho Internacional**. Universidad Nacional Autónoma de México-Instituto de Investigaciones Jurídicas: Cidade do México, jan. 2015. p. 207. Disponível em: <https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/derecho-internacional/article/view/489>. Acesso em: 16 out. 2019.

SALDANHA, Jânia; SILVA, Maria Beatriz Oliveira da; MELLO, Rafaela da Cruz. Novas geometrias jurídicas e a construção de um direito comum pluralista: uma análise da aplicação da margem nacional de apreciação pelo tribunal europeu dos direitos do homem. **Revista Culturas Jurídicas**, v. 2, n. 3, p. 157-181, 2015. p. 164. Disponível em: <http://www.culturasjuridicas.uff.br/index.php/rcj/issue/view/3/showToc>. Acesso em: 23 ago. 2019.

SANDE, Paulo de Almeida. **O sistema político da União Europeia** (entre Hesperus e Phosphorus). Cascais: Principia. 2000. p. 35-37.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **A gramática do tempo**: para uma nova cultura política. São Paulo: Cortes, 2006.

SANTOS, Lorena; LIRANGELO, Flávio. Nova lei de migração tem caráter modernizante, mas enfrenta burocracia. Estadão, São Paulo, 01/02/2019. p 10. Disponível em: <https://www.soutocorrea.com.br/artigos/nova-lei-de-migracao-tem-carater-modernizante-mas-enfrenta-burocracia/>. Acesso em: 19 nov. 2021.

SARAMPO volta ao Brasil, através de refugiados e imigrantes da Venezuela. (28/03/2018). In: **Observador**. Disponível em: <https://observador.pt/2018/03/28/sarampo-volta-ao-brasil-atraves-de-refugiados-e-imigrantes-da-venezuela>. Acesso em 25 jan. 2023.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição da República de 1988**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Eficácia dos direitos fundamentais**. 8. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

SARMENTO, Daniel. **Direitos fundamentais e relações privadas**. 2.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 205.

SAYAD, Abdelmalek. **A imigração ou os paradoxos da alteridade**. São Paulo: EDUSP, 1998.

SCATTOLA, Merio. Ordem da justiça e doutrina da soberania em Jean Bodin. *In*: DUSO, Giuseppe (org.). **O poder**: história da filosofia política moderna. Petrópolis: Vozes, 2005.

SCHÄFER, Gilberto; MACHADO, Carlos Eduardo Martins. A reparação do dano ao projeto de vida na Corte Interamericana de Direitos Humanos. **Revista de Direitos Fundamentais e Democracia**. Curitiba, v. 13, n. 13, p. 179-197, jan./jun. 2013. p. 181. Disponível em <http://revistaeletronicardfd.unibrasil.com.br/index.php/rdfd/article/view/340/315>. Acesso em: 24 out. 2019.

SCHMITTER, Philippe C. **A Experiência da integração europeia e seu potencial para a integração regional**. São Paulo: Lua Nova. Vol. 80, 2010.

SCHWOK, René. **Théories de l'intégration européenne**. Paris: Montchrestien, 2005.

SEFERJAN, Tatiana Robles. Proteção internacional dos direitos humanos: a teoria da quarta instância e da margem de apreciação nacional. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, São Paulo, v. 23, n. 92, p. 389-416, jul./set. 2015.

SEGADE, José A. Gómez: La legislación comunitaria europea. **Revista de Derecho Económico Actual**. Buenos Aires: Depalma, 1993. p. 501-508.

SEN, Amartya. **A ideia de justiça**. Tradução Denise Bottmann e Ricardo Doninelli Mendes. São Paulo: Companhia das Letras, 2011.

SILVA, Guilherme Amorim Campos da. A internacionalização dos direitos humanos na fundação de um novo direito constitucional material. *In*: PAGLIARINI, Alexandre Coutinho; DIMOULIS, Dimitri (Org.). **Direito constitucional internacional dos direitos humanos**. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 73-118.

SILVA, Karine de Souza. **Direito da Comunidade Europeia**: fontes, princípios e procedimentos. Ijuí: Unijuí, 2005.

SIMMEL, Georg. The sociology of conflict II. **American Journal of Sociology**, [S. l.], v. 9, nº 5, March, 1904. p. 672-689,

SIMMEL, Georg. A metrópole e a vida mental. *In*: VELHO, Otávio Guilherme (org.) **O fenômeno urbano**. Rio de Janeiro: Zahar, 1967.

SJAASTAD, Larry A. The costs and returns of human migration. **Journal of Political Economy**, Chicago: The University Chicago Press, v. 70, no. 5, Part 2: Investment in Human Beings, pp. 80-93, Oct., 1962

SLAUGHTER, Anne-Marie e BURKE-WHITE. William. The future of international law is domestic (or, The european way of law), **Harvard International Law Journal**, University of Pennsylvania Law School. Pennsylvania, Filadélfia, v. 47, n. 2, pp. 327-350, 2006.

SINGER, Paul. Migrações internas: considerações teóricas sobre seu estudo. In: SINGER, Paul. **Economia política da urbanização**. São Paulo: Brasiliense, 1973.

SOBRE A UNIÃO Africana. História. In: **Africa Union**. [S. l.], [2002?] Disponível em: https://au-int.translate.google.com/en/overview?_x_tr_sl=en&_x_tr_tl=pt&_x_tr_hl=pt-BR&_x_tr_pto=sc Acesso em 10 set. 2022.

SOBRE A UNIÃO Africana. Carta Africana sobre Direitos Humanos e dos Povos. In: **Africa Union** (2002) Disponível em: https://au-nt.translate.google.com/en/overview?_x_tr_sl=en&_x_tr_tl=pt&_x_tr_hl=pt-BR&_x_tr_pto=sc Acesso em set. 2022.

SOUSA, Mônica Teresa Costa. **Direito internacional humanitário**. Curitiba: Juruá, 2011.

SOUZA, Antônio Francisco de. Margem de apreciação e Estado de direito. **POLIS – Revista de Estudos Jurídico Políticos**, Lisboa, n.2, p.728, jan./mar.1995. p.7. Disponível em: <http://revistas.lis.ulusiada.pt/index.php/polis/article/viewFile/1744/1850> . Acesso em: 23 out. 2022.

STARK, Oded. Migration decision making: A review article. **Journal of Development Economic**. New York (USA), v. 14. 1984.

STARK, Oded; LEVHARI. David. On migration and risk in LDCs. **Economic Development and Cultural Change**, Chicago, University Chicago Press: v. 3 n.1. pp. 191-196, Oct. 1982.

STELZER, Joana. **União Europeia e supranacionalidade: desafio ou realidade**. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2004.

SUPIOT, Alain. **Homo jurídicus**: ensaio sobre a função antropológica do Direito. Tradução Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2007.

SUPIOT, Alain. **O espírito da Filadélfia**: a justiça social diante do mercado total. Trad. Tânia do Valle Tschiedel. Porto Alegre: Sulina, 2016.

TERRA, Ricardo Ribeiro. Algumas questões sobre a filosofia da história em Kant. **Ideia de uma história universal de um ponto de vista cosmopolita**. Tradução. São Paulo: Brasiliense, 1986. Acesso em: 20 set. 2022.

THÉRIAUT, Joseph Y; GUILLAUME DUFOUR, F, rederick. Sociologie du cosmopolitisme: présentation. **Sociologie et sociétés**,[S.l.], v 44. 2012. p. 5-14.

TODARO, Michael P; MARUSZKO, Lydia. Illegal migration and US Immigration Reform: A conceptual framework. **Population and Development Review**, New Jersey (USA), v. 13, no.1. Wiley& Sons Library, 1987.

TRINDADE, Antonio Augusto Cançado. **A proteção internacional dos direitos humanos**; fundamentos jurídicos e instrumentos básicos. São Paulo: Saraiva, 1991.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. **Tratado de direito internacional dos direitos humanos**. v. 1. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1997, v. 1.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. **Tratado de direito internacional dos direitos humanos**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2003, v. 3.

TRINDADE, Antonio Augusto Cançado. **A humanização do direito internacional**. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

UNIÃO AFRICANA. **Protocolo à Carta Africana de direitos Humanos e dos Povos relativo aos Direitos das Mulheres na África**. Adotada em Maputo pela 2ª sessão ordinária da União Africana em Maputo. 11 de junho de 2003. Disponível em: https://au.int/sites/default/files/treaties/37077-treaty-0027_protocol_to_the_african_charter_on_human_and_peoples_rights_on_the_rights_of_women_in_africa.pdf. Acesso em: 10 jan. 2023.

UNIÃO AFRICANA. **Carta Africana sobre Direitos Humanos e dos Povos**. Carta de Banjul. Art. 12. Aprovada pela Conferência Ministerial da Organização da Unidade Africana (OUA) em Banjul, Gâmbia, em janeiro de 1981, e adotada pela XVIII Assembléia dos Chefes de Estado e Governo da Organização da Unidade Africana (OUA) em Nairóbi, Quênia, em 27 de julho de 1981. Disponível em: https://au-int.translate.google/en/overview?x_tr_sl=en&x_tr_tl=pt&x_tr_hl=pt-BR&x_tr_pto=sc Acesso 10 set. 2022.

UNIÃO EUROPEIA. **Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia**. Bruxelas, 18 de dezembro de 2000. Art. 18. Disponível em: <https://fra.europa.eu/pt/eu-charter/article/18-direito-de-asilo>. Acesso em 10 jan. 2023.

UNIÃO EUROPEIA. **Convenção Europeia de Direitos Humanos**. Protocolo nº 4. Roma, 04 de novembro de 1950. Disponível em: https://www.echr.coe.int/documents/convention_por.pdf. Acesso em 27 de setembro de 2022.

UNIÃO EUROPEIA. **Tratado de Maastricht**. 1992. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:11992M/TXT&from=PT>. Acesso em 22 ago. 2022.

UNIÃO EUROPEIA. **Estatuto do Conselho da Europa**. 1974 (instância informal), 1992 (estatuto formal), 2009 (instituição oficial da UE). Bruxelas, 2009. Disponível em: <https://www.coe.int/pt/web/about-us/values>. Acesso em 25 set. 2022.

UNIÃO EUROPEIA. **Convenção Europeia de Direitos Humanos**. Preâmbulo. Regida pela Decisão 2011/833/UE da Comissão, de 12 de dezembro de 2011. Bruxelas, 2011. Disponível em: https://www.echr.coe.int/documents/convention_por.pdf. Acesso em 27 set. 2022..

UNIÃO EUROPEIA. **Regulamento (UE) 2021/1147**. Parlamento Europeu e do Conselho de 7 de julho de 2021 que cria o Fundo para o Asilo, a Migração e a Integração. Bruxelas (Bélgica). (2021-2027). Disponível em: <https://eur-lex>.

europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32021R1147&qid=1661173330690 &from=PT. Acesso em: 22 ago. 2022.

UNITED NATIONS HIGH COMMISSIONER FOR REFUGEES (UNHCR). **Declaração de Abidjan dos ministros dos Estados-membros da CEDEAO sobre a Erradicação da Apatridia**. Abidjan, Costa do Marfim, 25/02/2013. Art. 6. Disponível em: <https://data.unhcr.org/en/documents/details/53819> †. Acesso em 10 jan. 2023.

VAL, Eduardo Manuel; LIMA, Simone Alvarez. **Soberania e nacionalidade: As diferentes condutas dos Estados diante da apatridia na América Latina**. Londrina: Scientia Iuris, 2017.

VIEIRA, Gustavo Oliveira; SALDANHA, Jânia Maria Lopes. O “sequestro” da democracia abordagem do direito e das relações internacionais. **Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica**. Belo Horizonte, v.17, n. 25, jan/jun. 2019. Disponível em: <http://ojs.editoraforum.com.br/rihj/index.php/rihj/issue/view/8>. Acesso em 13 jan. 2020.

VILA, Marisa Iglesias, **Una doctrina del margen de apreciación estatal para el CEDH: En busca de um equilibrio entre democracia y derechos em la esfera internacional**. [S. l.], 2013.

VILLEY, Michel. **Filosofia do direito: definições e fins do direito. Os meios do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

VINHOSA, Francisco L. T. **O Brasil e a Primeira Guerra Mundial: a diplomacia brasileira e as grandes potências**. Rio de Janeiro: IHGB, 1990.

VOLTAIRE, **Essai sur les mœurs et l'esprit des nations**. Werdet & Lequien fils: Paris, 1829. p. 314, volume 2. Disponível em: http://classiques.uqac.ca/classiques/Voltaire/essai_sur_les_moeurs_t2/voltaire_essai_sur_les_moeurs_t2.pdf. Acesso em: 16 jun. 2021.

WALDRON, Jeremy. **Law and disagreement**. New York: Oxford University Press, 1999.

WALKER, R. B. J. The doubled outsides of the Modern International. INTERNATIONAL CONFERENCE ON DIVERSITY IN ORGANIZATIONS, COMMUNITIES AND NATIONS, 5th. 2005. Beijing China. **Revista Ephemera**, vol. 6, n. 1, pp. 56-69, 2005. Disponível em: <https://revista.ufr.br/examapaku/article/download/2404/1386>. Acesso em 01 dez. 2021.

WILLIAMS, J. **The ethics of territorial borders: drawing lines in the shifting sand**. Houndmills, Basingstoke, Hampshire; Nova York: Palgrave Macmillan, 2006.

WIMMER, A; GLICK SCHILLER, Nina. Methodological nationalism and the study of migration, **European Journal of Sociology**, [S. l.], v 43, n. 2, p. 217-246. 2002.

WOOD, Ellen Meiksins. As origens agrárias do capitalismo. **Revista Crítica Marxista**, n. 10, ano 2000. São Paulo: Boitempo. p. 16-19.

APÊNDICE A

Tabela 1- Estatísticas de solicitação de refúgio

País/Ano	2014	2015	2016	2017*
Alemanha	-	01	01	-
Bangladesh	03	21	35	-
Benin	-	21	35	-
Burquina Faso	01	-	-	-
Chile	-	-	02	-
China	-	-	06	-
Colômbia	-	-	13	11
Coréia do Sul	-	-	-	01
Cuba	46	378	642	82
Gâmbia	01	-	01	-
Gana	03	02	01	-
Guiana	-	01	06	-
Haiti	152	316	153	53
Índia	-	12	-	-
Nepal	-	14	09	-
Nigéria	05	61	14	01
Paquistão	01	-	-	-
Peru	-	-	04	01
Portugal	-	-	02	-
Quênia	04	-	-	-
República do Benin	-	-	-	02
República Dominicana	05	01	08	01
Senegal	01	-	01	-
Síria	02	20	27	-
Somália	35	-	-	-
Venezuela	09	234	2230	1461
TOTAL	268	1.073	3.155	1.614

* Até o mês de março.

Fonte: Elaborada pelo autor com base nos dados da DELEMIG/ DREX/SR /PF /RR (2017 apud FERRO, 2020).